Der Rechtsschein im Fundrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster i. W.

vorgelegt von

Rechtsanwalt Wilhelm Alberty

aus Nieheim, Kreis Höxter



1936

Druck der Westfälischen Vereinsdruckerei Aktien-Gesellschaft, Münster i. W

Referent: Professor Dr. Naendrup
Korreferent: Professor Dr. Hallermann

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster i. W.

Lebenslauf.

Am 25. Dezember 1905 wurde ich in Nieheim, Kreis Höxter, als Sohn des Amtmanns i. R. Alexander Alberty und der Marie Alberty, geborenen Rudolph, geboren. Ich besuchte von 1912 bis 1916 die katholische Volksschule in Nieheim und von 1916 bis 1922 das Gymnasium in Beckum bzw. das Gymnasium Paulinum in Münster i. W. Von 1922 bis 1923 war ich in der Verwaltung des Amtes Vorhelm und von 1923 bis 1924 in der Verwaltung des Amtes Ennigerloh tätig. Von 1924 bis 1927 besuchte ich wiederum das Gymnasium in Beckum. Von 1927 bis 1930 studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster i. W. Rechtswissenschaft. 1930 bestand ich das Referendar- und 1934 das Assessorexamen. Nachdem ich bis zum 1. Juli 1935 bei dem Amtsgericht Münster i. W. als Assessor beschäftigt war, habe ich mich im Juli 1935 in Vechta i. O. als Rechtsanwalt niedergelassen.

Wilhelm Alberty.

Übersicht.

§ 1.

A. Der Rechtsschein im allgemeinen.

Das subjektive Recht ist etwas Übersinnliches, mit den Sinnen nicht Wahrnehmbares. Daher kann man das Recht nur mittelbar erkennen, nämlich sein Dasein nur aus seinem wahrnehmbaren, sinnfälligen Tatbestand — der Erscheinungsform des Rechtes[1] — erschließen.

Zu diesem Schluß muß aber vielfach schon die Wahrnehmung eines Teiles des Gesamttatbestandes — d. h. der Gesamterscheinungsform des Rechtes — veranlassen, weil nach der allgemeinen Erfahrung beim Vorhandensein dieses Teiles die Gesamterscheinungsform des Rechtes vorhanden zu sein pflegt und daher als vorhanden zu vermuten ist. Natürlich besteht dann die Möglichkeit, daß trotz Vorhandensein jenes Teiles der Gesamttatbestand, die Gesamterscheinungsform und damit das Recht selbst in Wirklichkeit doch nicht vorhanden ist[2]. Der genannte Teil ist dann ein Schein des Rechtes, dem ein Sein des Rechtes nicht entspricht. Er ist ein bloßer, ein falscher Rechtschein, eine inhaltsleere Form des Rechtes, nur ein Kleid, ein Gewand des Rechtes. Ein solcher falscher Rechtschein[3] kann beispielsweise sein die Willenserklärung ohne wirklichen Willen, der Besitz bei fehlendem Fahrnisrecht, die Grundbucheintragung bei mangelndem Liegenschaftsrecht[4].

Dieser falsche Rechtschein hat aber Rechtswirkungen. Ihn hat man regelmäßig im Sinn, wenn von Rechtscheinswirkungen die Rede ist.

[1] vgl. hierüber Naendrup, Rechtscheinsforschungen, Heft 1 S. 26 f.

[2] vgl. zu Vorigem Naendrup, Rechtscheinsforschungen, Heft 2 (Die Gewere-theorien) S. 72 ff.

[3] Bechh (Die Beweislast S. 17) spricht vom „Besitzstand".
Krückmann i. Arch. Civ. Pr. 108 S. 329 (ebenso i. Iher, J. 57 S. 122) zieht dem Ausdruck „Rechtsschein" die Bezeichnung „Rechtsbesitz" = „tatsächliches Haben des Rechtes" (S. 180 f.) = „Möglichkeit, das Recht ausüben zu können" (S. 184, 187) vor, bekennt aber (S. 183), daß er wenig Ursache habe, das Wort „Rechtschein" anzugreifen.

[4] vgl. Huber (Die Bedeutung der Gewere): Gewere = Ausdruck des Rechts (S. 6, 15, 57); Gestalt des Rechts (S. 22, 57); formales, nach außen gekehrtes Element des Sachenrechts (S. 53); Form des dinglichen Rechts (S. 54, 73, 76) und Publizitätsform, formale Legitimation dinglicher Berechtigung (74);
Naendrup, Rechtsscheinsforschungen, Heft 1 S. 26 f.;
E. Jacobi, Theorie der W. E. S. 32;
Herbert Meyer, Das Publizitätsprinzip S. 96;
Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände S. 267;
Springer, Der Rechtsschein des Genossenschaftsregisters S. 11 = Spiegel des Rechts;
Thöne, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters S. 5 u. 7;
Katz, Rechtsscheinswirkungen mangelhafter Staatsakte im Familienrecht S. 2;
Griffel, Der Begriff des Scheins im Handelsverkehr S. 21;
Brülle, Der Rechtsschein bei den gesetzlichen Vollmachten S. 18;
Janssen, Rechtsschein im römischen Recht S. 38

Dieser Rechtschein hat eine materiellrechtliche und eine formellrechtliche Seite[5]. Er wirkt nicht nur im rechtsgeschäftlichen Verkehr, sondern auch — entsprechend der zweiseitigen Funktion der alten deutschen Gewere — im Prozeß gegenüber dem Richter und auch sonst gegenüber Behörden. Der Scheininhaber hat als solcher die Vermutung des Rechtes für sich. Der Richter (oder sonstige beamtete Wahrnehmungsinteressent) schließt ebenso wie der einzelne Rechtsgenosse das Vorhandensein des Rechts aus dem regelmäßigen Gewande des Rechts.

Daß die Zurückführung der Vermutung auf den Rechtsschein keine doktrinäre Erfindung ist, ergibt das Gesetz als unerläßlicher Prüfstein und sei an den bekanntesten und klarsten Beispielen der Rechtsvermutungen (§§ 891, 1006, 2365) veranschaulicht. Wie der materiellrechtliche Rechtsschein im § 932 vom Besitz, im § 892f vom Buchinhalt und im § 2366 f. vom Erbschein ausstrahlt, so begründet nach der eindeutigen Sprache des Gesetzes wiederum der Besitz im § 1006, die Bucheintragung im § 891 und der Erbschein im § 2365 die entsprechende Rechtsvermutung. Der Vergleich von materiellrechtlichem Rechtsschein und Rechtsvermutung ergibt bei beiden die Gleichheit des Tatbestandes. Ist also dieser Tatbestand im einen Falle gegenüber dem privaten Wahrnehmungsinteressenten ein Rechtsschein, so muß er es auch im anderen Falle gegenüber dem Richter oder sonstigen beamteten Wahrnehmungsinteressenten sein. An dieser Feststellung wird auch nichts dadurch geändert, daß dieselbe Grundlage in jedem der beiden Fälle in einer anderen Richtung wirkt.

[5] Motive, Bd. V S. 567 (Erbschein);
Beckh a. a. O. S. 23, 31, 26: Zusammenhang zwischen Besitzstand und Beweislast;
Naendrup, Forschungen S. 13 ff.; 34 f; Verjährung S. 274; Ersitzung S. 35; Aktienrecht S. 825;
Jacobi, Theorie der W. E. S. 32, 37, 86, Ehrenberg's Hdb. IV Abt. I S. 146 f.; Grdr. des Rs. der W. P. S. 23, 94;
Cosack-Mitteis, Lehrb. des B. R., 7. u. 8. Aufl., Bd. II § 18 S. 58 in Verbindung mit der Überschrift des 1. Abschnitts „Erscheinungsformen der Sachenrechte";
Krückmann, Iher, J. 57 S. 96 ff. „Außer- und innerprozessualer Rechtsschein";
Ehrenberg, Hdb. des ges. Handelsr. I S. 622;
Otto Fischer in Fischer-Henle BGB. 10./12. Aufl. § 1964 A. 4;
Eugen Fischer in Fischer-Henle BGB. 10./12. Aufl. § 1964 A. 4;
Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverh. 12. Bearb. §§ 205 ff., insbesondere § 207 III 1.;
Janssen a. a. O. S. 68, 113 ff.;
Thöne a. a. O. S. 13, 33;
Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses S. 170;
Bothe, Der fehlerhafte Staatsakt bei der Vereinseintragung S. 26;
Katz a. a. O. S. 12 f., 33;
Griffel a. a. O. S. 4 ff.;
Springer a. a. O. S. 9 f.;
Theis, Grenzen der Rechtscheinswirkungen S. 17;
Herbert Meyer, Z. H. R. 81 S. 407 und vom „Rechtsschein des Todes" S. 82 ff. erkennt zwar auch die Rechtsvermutung als die „prozeßrechtliche Seite" des Rechtsscheins an und äußert nur technische Bedenken. Diese dürften aber gegenüber der klaren Terminologie von Naendrup (vgl. S. 7), die den Streit über das bloße Benennungsproblem erledigt, nicht durchschlagen.

Ein Hund bleibt Hund, mag er einen Bettler oder einen König anbellen[5a]. Desgleichen ändert ein Tatbestand, mag er sich gegenüber dem einzelnen Rechtsgenossen oder gegenüber dem Richter äußern, seine Natur nicht. Diese Zweiseitigkeit der Wirkung kann nur die Folgerung rechtfertigen, daß neben dem gemeinschaftlichen Nenner, der Oberbezeichnung „Rechtsschein", entsprechend der Verschiedenartigkeit der Richtungen Unterbezeichnungen eingeführt werden, um in kurzer Fassung die Doppelausstrahlung des Scheins sinnfällig zu machen.

In Anlehnung an die Formeln „privat"- und „amtsempfangsbedürftiges" Rechtsgeschäft veranschaulicht Naendrup[6] den materiellrechtlichen und prozeßrechtlichen Rechtsschein mit den Ausdrücken „privatwirksamer Rechtsschein" = „Rechtsanschein" und „amtswirksamer Rechtsschein" = „Rechtswahrscheinlichkeit"[7].

Diese Terminologie zeichnet sich durch ihre Klarheit aus und ist geeignet, ein schnelles und zuverlässiges Verständigungsmittel bei der Durchdringung der Rechtsscheinsnormen zu sein. Sie verdient daher Allgemeingut zu werden.

Nach Naendrup[8] zerfällt der privatwirksame Rechtsschein = Rechtsanschein, in die Untergruppen

a) Rechtsanschein eines eigenen Rechtes und
b) Rechtsanschein eines fremden Rechtes[9].

Beim Rechtsanschein des eigenen Rechts hat man es mit zwei Personen zu tun, dem Wirklichberechtigten und dem Scheinberechtigten (Scheinträger). Der Schein besteht hier gegenüber dem Scheinberechtigten selbst, strahlt zurück auf dessen eigenes Inneres, wird von ihm selbst wahrgenommen. Der Scheinberechtigte selbst vertraut auf diesen Schein und wird in solchem Vertrauen geschützt zu Lasten des Wirklichberechtigten.

[5a] Beispiel Naendrup's in seiner Vorlesung.

[6] Naendrup, Forschungen Heft 1 S. 33 ff.; Verjährung S. 274; Ersitzung S. 35; Aktienrecht S. 825.

[7] Als Beispiele des amtswirksamen Rechtsscheins seien hervorgehoben:
a) als unmittelbare Rechtsvermutungen:
§ 793 I 1, 891, 921, 1006, 1138, 1362, 1527, 1964 II, 2365, 2368 III i. Verb. mit § 2365.
b) als unmittelbare Tatsachen- und mittelbare Rechtsvermutungen:
§§ 16 II, 18, 19, 20, 484, 938, 1591 II, 1600, 1720, 2009, 2255 II.
Bezüglich des privatwirksamen Rechtsscheines wird, um eine Doppelaufzählung zu vermeiden, auf die Fußnoten 9 und 21 verwiesen.

[8] Naendrup, Ersitzung S. 35.

[9] Daß auch diese Gliederung aus dem Gesetz selbst entwickelt ist, zeigen
a) für den Anschein eines eigenen Rechtes:
§§ 194 ff., 665, 674, 900, 901, 927, 937, 945, 955, 1028, 1033, 1345, 1424 I 1 (i. Verb. mit 1472 I 2, 1546 III, 1546 I 2, 1549), 1682 I 1 (i. Verb. mit § 1893 I 1915 I), 2024 (i. Verb. mit 2031); 2140 S. 1;
b) für den Anschein eines fremden Rechtes:
§§ 68, 115, 135 II, 136 mit 135 II, 142 II, 161 III, 169 ff., 370, 405, 406, 407, 408, 409, 412, 413, 574 ff., 720, 793 I 2, 794, 807, 808 I 1, 851, 858 II 2, 892 f., 926 II, 932 ff., 936, 957, 1070, 1121 II, 1138, 1141 I 2, 1157, 1319, 1344, 1424 I 2, 1435, 1473 II, 1470 II, 1472 I 2 (1424 I 2), 1524 II, 1545 II, 1548 II, 1549 (1470 II, 1473), 1682 I 2, 1893 I (1682 I 2), 2113 III, 2140 S. 2, 2211 II, 2366, 2367, 2368 III (2366 f.), 2370.

In doppeltem Sinn hat also der Rechtsschein des eigenen Rechts Innenwirkung, nämlich erstens insofern er, was Strahlungsrichtung und Wahrnehmung des Scheins sowie Vertrauen auf ihn anlangt, auf das Innere des Scheinberechtigten selbst wirkt und zweitens insofern der Schutz dieses Vertrauens zu Lasten des Wirklichberechtigten erfolgt, also eine Wirkung im Innenverhältnis zwischen Scheinberechtigtem und Wirklichberechtigtem darstellt.

Dahingegen hat der Rechtsanschein des fremden Rechtes Außenwirkung, indem der Kreis der zunächst beteiligten Personen um den Dritten erweitert ist, dem gegenüber der Rechtsschein ausstrahlt, der ihn als Wahrnehmungsinteressent wahrnimmt, auf ihn vertraut und in seinem Vertrauen zu Lasten des Wirklichberechtigten geschützt wird[10].

Dem Rechtsanschein muß im praktischen Leben bei einem Zwiespalt mit der wahren Rechtslage deshalb so häufig der Vorrang gebühren, weil in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle der Schein das Sein deckt und der Rechtsgenosse deshalb auch dann, wenn lediglich die Hülle des Rechtes vorliegt, das Dasein des Rechtes annehmen muß und darf[11].

Freilich gilt diese Vorherrschaft des Anscheines nicht schlechthin, sondern nur unter besonderen Umständen.

Der Rechtsanschein muß von der Rechtsordnung als zuverlässig anerkannt sein[12].

Grundsätzlich wird der Schutz des Vertrauens auf den Rechtsanschein nur gewährt, wenn der wahre Berechtigte die Falschheit des Scheines veranlaßt oder mit seinem freien Willen bestehen läßt[13] und der Andere

[10] Die vorstehenden Ausführungen über den Rechtsanschein des eigenen oder fremden Rechtes gehen zurück auf Vorlesungen Naendrups.
Vgl. auch Naendrup, Ersitzung S. 35.

[11] Wilutzky, Recht 1907. S. 925 spricht daher mit Recht vom „Gesetz des äußeren Anscheins".

[12] Naendrup, Forschungen S. 4. Ersitzung S. 36.
Jacobi, Theorie der W. E. S. 48.

[13] Naendrup, in Forschungen, Ersitzung, Verjährung, Aktienrecht
Jacobi, in Das Recht der W. P., Theorie der W. E., Krit. V. J. 49 S. 66 ff., Ehrenbergs Hdb. IV 1 S. 125 ff., Grdr. des Rechts der W. P. u. des Wechsel- u. Scheckrechts.
M. Wolff, Sachenrecht 9. Bearb. § 45 Anm. 43 (anschließend auch Theis a. a. O. S. 32) leugnet das „Vertrauensprinzip" für § 892 und führt zur Begründung folgenden Fall an: „X gibt sich unter Vorlegung gefälschter Papiere dem Grundbuchrichter als der Grundeigentümer E aus und läßt das Grundstück dem K auf, der es am nächsten Tage dem redlichen R aufläßt". Richtig ist an diesem Beispiel, daß das Veranlassungsprinzip ausgeschaltet wird und lediglich das Rechtscheinsprinzip Erwerbsgrundlage ist, wenn der K seine Scheinstellung mißbraucht, bevor E eine Benachrichtigung gemäß § 55 G.B.O. erhalten hat oder sich nach Empfang dieser Mitteilung zur Wehr setzen kann.
Falls aber E durch seine Säumnis dem K die Ausübung seines Rechtsanscheines ermöglicht, äußert das Veranlassungsprinzip seine Wirkungen.
Ebenso kann § 935 II nicht schlechthin als Durchbrechung des Veranlassungsprinzips — wie Theis a. a. O. meint — aufgefaßt werden, da im Falle der öffentlichen Versteigerung die erhöhte Publizität auch eine größere Möglichkeit zum Widerspruch bietet und der Betroffene sich somit an seinem Rechte verschwiegen hat.
Weiter scheidet das Veranlassungsprinzip auch bei der Erteilung eines falschen

oder der Dritte in vorwurfsfreier Weise auf die Richtigkeit des Rechtsanscheines vertraut. Der wirkliche Rechtsträger ist dann der Nächste zur Tragung des Schadens, da er in „zurechenbarer Weise“ [14] den Schein hervorgerufen hat. Der Gerechtigkeitsgedanke und das Verlangen nach Verkehrssicherheit rechtfertigen die „Achtung vor dem äußeren Tatbestand [15] und den „Protest des Verkehrs gegen das Untersuchensollen“ [16].

Der Schutz des Vertrauens wirkt sich namentlich aus, indem der Gesetzgeber dem Rechtsgenossen das erstrebte Recht verleiht. Der Erwerb ist insoweit ein originärer [17]. Andere Auswirkungen des Vertrauensschutzes können z. B. sein ein Schadensersatzanspruch (122) oder Befreiung von einer Schadensersatzpflicht (674) [13a].

Erbscheins nicht so häufig aus, wie Theis a. a. O. glaubt. Regelmäßig liegen widerspruchsvolle Handlungen des Erblassers zu Grunde, da er bei der Errichtung des zweiten Testamentes nicht für die Vernichtung des ersten gesorgt oder im Falle einer zu Unrecht angenommenen gesetzlichen Erbfolge keine genügende Kunde von der Testamentserrichtung seiner Umwelt gegeben hat. Die wahren Erben setzen die Rechtsstellung des Erblassers fort und müssen sich daher so behandeln lassen, als ob die Veranlassungs-Handlungen des Erblassers ihre eigenen seien.

Da das Veranlassungsprinzip auch in den §§ 932 II, 892, 2366 immerhin noch ein weites Anwendungsgebiet findet und im übrigen die Grenzenlosigkeit der Ausnahmen vom Veranlassungsprinzip nicht nachweisbar ist, besteht kein Grund, das Prinzip durch einen reinen Zweckgedanken zu verdrängen, wie Theis a. a. O. es fordert.

[13a] So Raendrup in seiner Vorlesung.

[14] Bähr Iher. J. 14 S. 400;
Jacobi Der Scheck als W. P. S. 101, Theorie der W. E. S. 33, Ehrenbergs Hdb. IV 1 S. 286, Grdr. des Rechts der W. P. S. 60 f.
Manigk Heymann-Festschrift S. 597.

[15] Herbert Meyer Vom Rechtsschein des Todes S. 79.

[16] Wellspacher a. a. O. S. 114 Anm. 1.

[17] Der Gesetzeswortlaut („welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“) nötigt nicht zu der Annahme eines derivativen Erwerbs, da nicht erweisbar ist, daß diese Fassung zur Bestimmung der Erwerbsnatur gewählt ist. Sinngemäß gewährt der Gesetzgeber dem Redlichen das Recht, weil er gutgläubig ist und nicht weil der Nichtberechtigte — was allerdings Mitvoraussetzung ist — mit dem Schein des Rechts ausgestattet ist. Diese Folgerung ist zu natürlich, als daß sie geleugnet werden könnte, und erklärt hinreichend den Rechtserwerb. Gegenüber dieser einfachen Gedankenführung bedarf die überflüssige — und darum künstliche — Einschaltung einer vom Gesetz verliehenen Veräußerungsmacht der Rechtfertigung. Zugegeben werden mag zwar, daß die rechtsgeschäftliche Ermächtigung des § 185 die Bildung einer gesetzlichen Ermächtigung nahelegt. Zu diesem Seitenstück darf man aber erst greifen, wenn die vorhandenen Erkenntnismittel versagen. Dieser Beweis scheint mir nicht erbracht zu sein. Ich muß mich, wenn ich den Rahmen dieser Arbeit nicht sprengen will, mit diesem kurzen Hinweise bei der Auseinandersetzung mit der Ermächtigungslehre (vgl. Krückmann in R. G.-Festschrift III S. 108 u. Arch. Civ. Pr. 137 S. 167 ff.) begnügen.

a) Die Auffassung vom derivativen Erwerb vertreten:
Gierke D. Privatr. I § 32 Anm. 2;
Endemann Einf. i. B. G. B. II § 81 Anm. 16;
Hellwig Begrenzung der Rechtskraft S. 103 f., 198, 483;
Dernburg B. G. B. I § 103 V 2;
Leonhard Fahrniserwerb S. 110;
Staudinger-Kober Anm. I 4 a zu § 932;
Jung B. R. § 233;

Die Rechtscheinswirkungen kommen nur dem zugute, der schutzwürdig auf die Richtigkeit des Anscheines vertraut[18] oder vom Gesetzgeber als schutzwürdig Vertrauender behandelt wird.

Da die negative Fassung in den §§ 122 II, 932 II gleich der „es sei denn = Wendung" ist, werden das Vertrauen und die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Rechtsanschein vermutet[19].

Diese Vermutungen entsprechen dem Erfahrungssatze „Quisquis praesumitur bonus" und wurzeln daher im Glauben an die moralische Vollwertigkeit des Rechtsgenossen[20].

Nach dem erfahrungsgemäßen Stärkegrade des Rechtsanscheines ist

Wendt Arch. Civ. Pr. 89 S. 17 ff.;
Janssen a. a. O. S. 132.

b) Originären Erwerb nehmen an:
Windscheid-Kipp I 896, 8;
Sohm, Der Gegenstand § 9 S. 52;
Bekker, Pand. I S. 109;
Kohler, Arch. B. R. 18 S. 98;
Regelsberger, Jher J. 47 S. 368 ff. und Krit. V. J. 47 S. 285;
Biermann, S. R. Vorb. 5 a zu § 932;
Stobbe-Lehmann, D. Pr. R. II § 109;
Stintzing, Arch. Ziv. Pr. 109 S. 366 ff.;
Cosack § 37 III;
von Schwerin, Rechtsnachfolge S. 31.
M. Wolff spricht in § 46 II 3 widerspruchsvoll von einer Macht des Nichtberechtigten zur Verfügung, die aber nicht zur Rechtsnachfolgerschaft führe (Anm. 29 zu § 46, Anm. 26 zu § 69), und stelltdie Erwerbsart der §§ 932, 892 dem Fund- und Ersitzungserwerb gleich (Anm. 26 zu § 69 und Anm. 35 zu § 82)!

c) Mendelssohn-Bartholdy (Grenzen der Rechtskraft § 27 III) verteidigt einen quasi-originären Erwerb und kommt der richtigen Ansicht nahe.
Hedemann § 9 I c (Sachenrecht) bezeichnet den Erwerb kraft guten Glaubens als ein Mittelding zwischen originärem und derivativem Erwerb, da äußerlich ein derivativer Erwerb vorliege, aber von dem Vormann, der nicht Eigentümer sei, garnichts abgeleitet werde.
Herbert Meyer, Das Publ. Prinzip S. 95 f. nimmt ursprünglichen Erwerb in den Formen des abgeleiteten Erwerbes an.
Kuhlenbeck, Pand. z. B.G.B. I S. 312 und D.B.G.B. Anm. 2 zu § 932 erblickt in dem Institut einen originären Eigentumserwerb im derivativen Gewande.
Zutreffend dürfte sein (worauf Naendrup in seinen Vorlesungen hinweist), daß sich der Erwerb des Rechtes stets originär, die Entstehung des Rechtsscheines dagegen bald derivativ bald originär vollzicht, je nachdem ob er im „derivativen Gewande" (so regelmäßig) oder nicht (Funderwerb usw.) in einem solchen erscheint.

[18] Naendrup, Ersitzung S. 36, Aktienrecht S. 826;
Jacobi, Theorie der W.E. S. 32.

Nur annähernd richtig begründen Bothe a. a. O. S. 36, Thöne a. a. O. S. 39 f. und Griffel S. 10 die Versagung des Schutzes mit dem Mangel der Kausalität des Rechtsanscheines für die Handlung.

[19] Was für diese Bestimmungen zutrifft, hat grundsätzlich allgemeine Geltung; eine Umkehrung der Beweislast findet sich aus ersichtlichen Gründen z. B. in § 68 S. 2 B.G.B.

[20] Naendrup, Ersitzung S. 39, Aktienrecht S. 831.

die Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens „zweifach-widerlegbar", „einfach-widerlegbar" oder „unwiderlegbar"[21].

Weist der Rechtsanschein eine gewöhnliche Zuverlässigkeit auf, so ist die Vermutung zweifach-widerlegbar gestaltet. Man kann dann dagegen vorbringen, daß entweder schon das Vertrauen an sich oder auch nur die Schutzwürdigkeit des Vertrauens gefehlt hat. Bei der Schutzwürdigkeit des Vertrauens berücksichtigt das Gesetz — auch wiederum nach dem Grade des Rechtsanscheins — die verschiedenen Stufen der Fahrlässigkeit. Meistens nimmt nur grobe Fahrlässigkeit — also die Vernachlässigung der Pflicht zu einer „wenigstens oberflächlichen Prüfung"[22] —, ausnahmsweise schon einfache Fahrlässigkeit (z. B. §§ 122 II, 173, 405) dem Vertrauen die Schutzwürdigkeit.

Wenn der Rechtsanschein nach der Meinung der Gesetzgeber einen höheren Stärkegrad zeigt, ist die Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens einfach-widerlegbar geformt. Man braucht sich nur entgegenhalten zu lassen, daß das Vertrauen an sich nicht vorhanden gewesen sei. Unzulässig ist der Einwand, daß das Vertrauen auf einfacher oder grober Fahrlässigkeit beruht habe. Hier handelt es sich durchweg um Fälle, in denen man die Falschheit des Rechtsanscheines, wenn man sie nicht kannte, auch nicht kennen konnte[23]. Deswegen soll der Prozeß von bezüglichen zeitraubenden Beweiserhebungen verschont bleiben.

Besteht nach der Beobachtung des Lebens eine hochgradige Wahrscheinlichkeit für das Vertrauen und die Schutzwürdigkeit des Vertrauens, so ist die Vermutung unwiderlegbar. Daß durch diese unzerstörbare Kraft der Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein mitunter ein Unwürdiger unverdientermaßen geschützt wird, läßt der Gesetzgeber aus Gründen der Prozeßökonomie bewußt zu[24]. Der Prozeß soll mit diesen Beweisfragen nicht beschwert werden, da einzelne Abweichungen unter einer größeren Mehrzahl von Fällen ein Eingehen auf diese Dinge nicht rechtfertigen[24].

Das B.G.B. enthält eine Unzahl von Beispielen für die Dreiteilung der Vermutungen des schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein[25].

[21] Auf diese Gliederung der Vermutung macht Naendrup (vgl. Aktienrecht S. 831 f., 909 f., 916 f., 922, 943 f., 947 f., 950 f.) mit Recht aufmerksam. Sie wird von Jacobi (Theorie der W.E. S. 36) unter Hinweis auf die relative Kraft der Gewere angedeutet.

[22] So Jacobi in Ehrenbergs Hdb. IV 1 S. 150.

[23] Naendrup, Ersitzung Anm. 15, Aktienrecht Anm. 202.

[24] Wenn man die Lehre vom Rechtsschein so stützt, muß der Einwand von Theis S. 21 als widerlegt angesehen werden, der unter Hinweis auf die Objektivierung des subjektiven Tatbestandes meint, daß die Formel „Vertrauensschutz" versage, da die Scheinwirkung nicht notwendig eine Scheinwahrnehmung und ein Vertrauen auf den Schein voraussetze.

[25] Für die Naturwüchsigkeit dieser Dreiteilung zeugen als Beispiele

a) der zweifach-widerleglichen Vermutung:
§§ 68 S. 1 (begrenzt); 68 S. 2; 135 II; 136; 142 II (Ausdehnung der §§ 932 II, 892 f., 2366 f., 2368 III); 161 III; 169 ff.; 370; 405; 892 (begrenzt); 926 II; 932 II (1207 f., 1244 I, 1221, 2113 III, 2211 II); 936 II, 937 II, 945, 1033, 955 I 2, 957 (nur zur Zeit des Erwerbes); 1344 I (begrenzt); 1424 I 1 u. 2;

Die Scheidung ist allerdings nicht stets in reiner Form durchgeführt[26], da hier und da die einfache Widerleglichkeit erweitert oder — wie man will — die zweifache eingeschränkt ist und weil deshalb Verbindungsfäden von der einen Art zur anderen hinüberspielen. Diese Durchbrechung hat aber Ausnahmegepräge und macht daher die Gliederung keineswegs gegenstandslos. Da die Unterscheidung Klarheit in das dunkle Gewebe bringt und durch Einführung schlagwortartiger Bezeichnungen eine schnelle Verständigung erleichtert, dient sie erkenntnistheoretischen und technischen Zielen und ist darum der Beachtung würdig.

Die aufgezeigten Vermutungen des schutzwürdigen Vertrauens sind Tatsachenvermutungen und dürfen nicht mit den Rechtsvermutungen — nämlich mit dem amtswirksamen Rechtsschein (vgl. Fußnote 5) — verwechselt werden, da sie sich im Wirkungskreise des privatwirksamen Rechtsscheines, des Rechtsanscheines, bewegen[27]. Während der amtswirksame Rechtsschein, die Rechtswahrscheinlichkeit, als Rechtsvermutung unmittelbar gegenüber dem Richter wirkt, äußern jene Tatsachenvermutungen sich dort nur mittelbar — als Begleiterscheinungen des Rechtsanscheines, als Vermutungen des schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein — im Prozeß[27].

Zum Schluß der einleitenden Ausführungen sei noch eine kurze Bemerkung gegenüber Enneccerus-Nipperdey[28] gestattet, die die Möglichkeit leugnen, beim Rechtsschein ein allgemeines Prinzip anzunehmen. Das Prinzip ist zwar vom Gesetzgeber nicht a priori angewandt, sondern von der Forschung auf induktivem Wege als Gesetz — etwa wie ein Sprachgesetz — erkannt worden[29]. Die Gegenseite übersieht die Flut von Bestimmungen, die vom Rechtscheinsgedanken beherrscht sind. Sollte wirklich ein jeder der zahllosen Rechtscheinsniederschläge von einem besonderen Motiv getragen und nicht von demselben Nerv belebt sein? Der Vergleich der Rechtsanscheinsbestimmungen zeigt denn auch in eindeutiger Weise, daß sie fast ausnahmslos auf denselben Grundgedanken — Schutz des schutzwürdigen Vertrauens auf den vom wahren Berechtigten in zuzurechnender Weise veranlaßten Schein — zurückzuführen sind.

1435 (begrenzt), 1470 II, 1545 II, 1548 II, 1549; 1546 III, 1546 I 2, 1472 I 2, 1549 (1424); 1682 I 1 u. 2, II; 1893 I; 1915 (1682); 1974 I (begrenzt); 1979 (1991 I); 2024; 2060 Ziff. 2 (1974 I begrenzt); 2140 S. 1 u. 2; 2211 II (932 II); 2211 II (892 ff. begrenzt).

b) der einfach-widerleglichen Vermutungen:
§§ 406 (720, 1070 I, 1473 II, 1549); 407 f. (574, 720, 1473 II, 1549); 412 f.; 574 f. (ebenso bei Pacht); 858 II 2; 937 II, 945, 1033 S. 2, 955 I 2, 957 (für die Zeit nach dem Erwerbe); 1158 f.; 1248; 1319; 1345 I; 1348 I; 1350 I 1; 1524 II; 1549 (1473 II, 406 ff.); 2366 f., 2368 III 1; 2370 I.

c) der unwiderleglichen Vermutungen:
§§ 409 II (412 f., 576); 416 I 2; 496 S. 2; 568; 625; 679; 900; 1128; 1141 I 2; 1148 S. 1; 1973; 2060 Ziff. 1; 793 I 2.

[26] Naendrup, Aktienrecht Anm. 202.

[27] So Naendrup in seinen Vorlesungen.

[28] § 73 II 3.

[29] So Naendrup in seinen Vorlesungen.

B. Das Fundrecht.

I. Das Fundrecht im engeren Sinne.

§ 2.

1. Der Fund als Art der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Ebenso wie eine Unsumme anderer Bestimmungen des B.G.B.s ist auch das Fundrecht von dem Rechtscheinsgedanken durchwirkt. Dabei ist die obligatorische und die dingliche Seite zu unterscheiden.

Während die dingliche vom Gedanken der Verschweigung beherrscht ist, stellt sich die obligatorische als Unterart der Geschäftsführung ohne Auftrag dar. Der Finder sichert dem Verlierer die Sache, nimmt also eine Fürsorgehandlung vor und greift in die wirtschaftliche Interessensphäre eines anderen ein. Er vollzieht eine Handlung, die eigentlich der Geschäftsherr selbst vornehmen sollte. Die Verwandtschaft zwischen der Tätigkeit des Finders und der des Geschäftsführers ohne Auftrag ist trotz einiger naturbedingter Abweichungen so offensichtlich, daß sie nicht geleugnet werden kann. Da man ein auf die Findertätigkeit gerichtetes Vertragsverhältnis in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung dem Auftragsrechte wird unterordnen müssen, darf man sich auch nicht scheuen, die nicht von einem Vertrage getragene Finderhandlung als eine vom Gesetze besonders geregelte negotiorum gestio anzusehen[1].

Die Geschäftsführung ohne Auftrag — und mit ihr die obligatorische Seite des Fundrechts — beruht auf dem Rechtsschein. Die Geschäftsbesorgung kann ihre Grundlage in einem

[1] Ebenso Wolff § 82 III,
Enneccerus-Lehmann, § 162 III,
Planck-Brodmann, Vorbem. 2 zu § 965 u. Erl. zu § 968,
Staudinger-Kober, Bem. II a zu § 965,
Cosack, S.R. unter II w a zu § 45,
Krückmann, Instit. § 65 I,
Loewenwarter, Lehrkomm. unter § 965,
Biermann, Anm. 5 zu § 965,
Hedemann, S.R. § 15 II,
Jung, B.R. § 240,
Stobbe-Lehmann, § 131 I 2,
Heck, Sch.R. § 120 unter 1, S.R. § 65 unter 1,
Neumann, S.R. Anm. 1 zu § 965,
Crome, S.R. § 413 I 1 b,
Dernburg, S.R. § 116 IV,
v. Gierke, Julius, S.R. § 35 Nr. 2,
de Boor in Fischer-Henle-Titze, Vorbem. zu § 677,
Illing in Soergel, Anm. 1 zu § 970,
Haase, S. 12, i. Das Fundrecht,
Zuschlag, S. 26 ff., i. Die Voraussetzungen des Funderwerbes,

1. Auftrage,
2. scheinbekleideten Nichtauftrage,
3. nichtscheinbekleideten Nichtauftrage

haben.

Wie der Rechtsschein stets im Leben die Aufgabe einer Überbrückung zwischen dem Recht und dem Nichtrecht erfüllt[2], so nimmt er auch hier die Übergangsstufe zwischen dem Auftrag und Nichtauftrag ein. Wir haben uns daran gewöhnt, bedenkenlos zwischen der Vollmacht, Scheinvollmacht und Nichtvollmacht zu unterscheiden. Was für das Außenverhältnis gilt, muß folgerichtig auch für das Innenverhältnis anerkannt werden und erscheint geradezu als selbstverständlich, wenn man zur Beleuchtung der Frage die von Naendrup gegebene Gliederung des privatwirksamen Rechtsscheines benutzt. Danach ist die Scheinvollmacht entsprechend ihrer Außenwirkung der Anschein eines fremden Rechtes, der Scheinauftrag der Anschein eines eigenen Rechtes.

Die Vorschriften über den Auftrag und verwandte Bestimmungen vermitteln die Erkenntnis der Entwicklungsreihe:

Auftrag,
Scheinauftrag,
Nichtauftrag

Conring, S. 72, i. Grundbegriffe des Fundrechts,
Strauß, S. 37, II, i. Das Rechtsverh. am Fund,
Warneyer, Anm. II zu § 965,
Landsberg, I § 152 II 3, Bd. II § 179 IX 4,
Brückmann, Arch.B.R. 23 S. 330,
Gimmerthal, Arch.Civ.Pr. 52 S. 526,
Wimmer, a. a. O. S. 70, i. Der Fund in Haus u. Hof,
O.L.G. 8 S. 113,
Motive Bd. III S. 376,
Prot. Bd. III S. 259,
Schneickert, i. Hirth's Annalen 1904 S. 229,
Weiß, a. a. O. S. 13, i. Das Recht des Finders,
Blänkner, a. a. O. S. 50 ff., i. Die rechtl. Stellung des Finders,
sowie durch die Dissertationen: Dolezych a. a. O. S. 27, Nestroy S. 25, Oesterreich S. 11 ff., Igen S. 42, Riemer S. 16 u. 59, Wedell S. 48 ff.
A.M. nur scheinbar Enneccerus-Nipperdey § 128, 238 u. Anm. 8: Geschäftsführung ohne Auftrag = geschäftsähnliche Handlung; § 128 IV 2 b u. § 194 III 1: Fund = Realakt. Die Charakterisierung des Fundes als Realakt bezieht sich offenbar nur auf die dingliche Seite des Fundes.

[2] Naendrup, Aktienrecht S. 826 f.:
Ehe — Scheinehe — Nichtehe.
Jacobi, Theorie der W.E.:
Willenserklärung — Scheinerklärung — Nichterklärung.
Krückmann, Arch. Civ. Pr. 108 S. 313:
Vollmacht — Rechtsbesitz — Nichtvollmacht.
Fischer in Fischer-Henle § 135 Anm. 5:
Berechtigung — Scheinberechtigung — Nichtberechtigung.
§ 168 Anm. 3:
Macht — Machtschein — Nichtmacht.
Katz a. a. O. S. 1.
Bothe a. a. O. S. 21.

und führen aufklärend zu dem Nachweis über, daß die auftragslose Geschäftsbesorgung — und mit ihr der Fund in seiner obligatorischen Seite — eine Spielart des Scheinauftrages ist.

a) Entsprechend der Scheinvollmacht des § 169 bestimmt § 674[3], daß der Auftrag, wenn er in anderer Weise als durch Widerruf erlischt, zu Gunsten des Beauftragten gleichwohl als fortbestehend gilt, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß[4]. Der Auftrag ist erloschen; er ist für die Zukunft zum Nichtauftrag geworden, wirkt aber noch nach als Auftrag, da er dessen Gewand noch nicht abgestreift hat, und stellt insoweit — wenn auch nur als kernberaubte Form — mehr dar als ein reiner Nichtauftrag. Bis zur Beseitigung des Zwiespaltes zwischen formeller und materieller Rechtslage ist dieser Nichtauftrag mit dem Schein eines echten Auftrages umgeben; er ist daher ein Scheinauftrag[5] und wird vom Gesetze mit Recht solange, wie der Schein nicht entkräftet ist, zum Schutze des schutzwürdig vertrauenden — ehemals — Beauftragten der Auswirkung nach dem wahren Auftrag gleichgestellt.

b) Nach § 665 ist der Beauftragte berechtigt[6] — bei Gefahr im Verzuge sogar ohne vorherige Anzeige —, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Den Gesetzgeber[7] hat, wie schon der Wortlaut zeigt, ebenso wie in den §§ 672, 673 auch bei Schaffung dieser Bestimmung der Schein des Willens geleitet. Der Geschäftsführer handelt deshalb, obschon er wissentlich den Rahmen des Auftrages überschreitet, insoweit nicht als bloßer Nichtbeauftragter, sondern auf Grund eines Scheinauftrages.

c) Während in den Fällen der §§ 665, 674 der Scheinauftrag die keimgemäße Weiterentwicklung bzw. Abwicklung eines bestandenen oder noch bestehenden Auftrages bildet, enthält der § 663 ein Beispiel des ursprünglichen — also nicht abgeleiteten — Scheinauftrages. Wenn derjenige, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich oder gegenüber dem Auftraggeber allgemein erboten hat, auf die dieser invitatio ad offerendum folgende Vertragsofferte seinen Ablehnungswillen nicht unverzüglich anzeigt, hat er durch sein Schweigen in Verbindung mit der Aufforderung zur Vertragsanbahnung den Schein des Annahmewillens erweckt. Regelmäßig — d. h. wenn das Schweigen nicht ein besonders geartetes ist — kommt zwar nach dem Sinn des Gesetzes ein Auftrag nicht zustande. Aber es ist auch nicht nur ein bloßer

[3] vgl. §§ 729; 1424 I 1; 1546 III; 1472 I 2; 1546 I 2; 1549; 1682 I 1; 1893; 1915; 2140 S. 1. Vgl. auch Naendrup, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil S. 66 f.

[4] Das schutzwürdige Vertrauen des — ehemals — Beauftragten auf den Anschein des eigenen Rechtes wird hier also zweifach-widerleglich vermutet.

[5] So Naendrup in seinen Vorlesungen.

[6] Ein entsprechendes Seitenstück für die Verwahrung bietet § 692.

[7] Naturgemäß handelt es sich hier nicht um den auf den einzelnen Fall, sondern um den auf eine unbegrenzte Vielzahl von Fällen abgestellten Schein des Willens, der auch z. B. gesetzgeberisches Motiv bei Schaffung der sog. „negotia naturalia" im Rahmen der Vertragstypen und bei der Regelung der gesetzlichen Erbfolge war.

Nichtauftrag gegeben, sondern es liegen die Voraussetzungen des Scheinauftrages vor. Allerdings ist dieser Scheinauftrag nicht mit den Wirkungen eines echten Auftrages — was der Beweisführung nicht entgegensteht — ausgestattet; der Geschäftsherr kann aber wie im § 30 Rechtsanwaltsordnung Ersatz des Vertrauensschadens verlangen. § 362 H.G.B. geht in der Schutzgewährung weiter, indem er das Scheinvertragsgebilde mit den Wirkungen eines echten Vertrages umkleidet. Auch in dieser Vorschrift, die als Fortführung des § 663 B.G.B. anzusehen ist, behauptet sich der Schein des Willens.

Nach diesen vorbereitenden Aufklärungen, insbesondere nach der Feststellung, daß es nicht nur einen aus Auftrag abgeleiteten, sondern auch einen ursprünglichen Scheinauftrag gibt, erscheint der Boden für die Charakterisierung der Geschäftsführung ohne Auftrag geebnet. Diese ist die Übernahme und Durchführung einer Geschäftsbesorgung, die dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht.

Nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung ist also im Rahmen des Interesses in erster Linie der wirkliche Wille zu befolgen. Im praktischen Leben wird regelmäßig der wirkliche Wille fehlen, da der Geschäftsherr, wenn er ein eigenes Bedürfnis spürt, dieses selbst oder durch Inanspruchnahme anderer befriedigen und sich nicht auf die mehr oder weniger zufällige ungerufene Hilfe des Nächsten verlassen wird. Der wirkliche Wille [8] kann daher bei der folgenden Betrachtung ausscheiden.

Es bleiben daher zu würdigen: Interesse und mutmaßlicher Wille.

Unter Interesse ist alles zu verstehen, was dem Geschäftsherrn nach der Lebenserfahrung förderlich erscheint. Das Interesse ist insofern ein objektiver Begriff, als nicht die Anschauung des Geschäftsführers, sondern die des Verkehrs als Richtschnur dient, und weiter ein relativer Begriff, als nicht maßgebend ist, was für einen Durchschnittsmenschen, sondern was für den Geschäftsherrn dienlich ist. Insoweit als die besonderen Interessen des Geschäftsherrn nicht feststellbar sind, darf sich der gestor von dem reinen (nicht relativ-) objektiven Nutzen führen lassen. Einmal weist dem gestor daher der relativ-objektive und das andere Mal der bloße

[8] Dieser steht zudem nicht im Widerspruch zu der angestrebten Begriffsbestimmung, da auch er durch den Schein verkörpert und nur durch diesen der Umwelt des Geschäftsherrn zugänglich wird.

Daß der wirkliche Wille im Gegensatz zum nur scheinmäßig vorhandenen nicht schlechthin maßgebend sein kann, zeigt außerhalb des § 679 zwingend folgendes Heck (Sch.R. § 120 7 b) entlehntes Beispiel: „Ein bekannter Sammler hat wegen pekuniärer Verluste seine Sammeltätigkeit im geheimen eingestellt. Nach außen spielt er sich nach wie vor als eifriger Sammler auf und veranlaßt durch dieses Verhalten einen Freund, für ihn ein Sammelstück zu erwerben."

Sollte hier nicht ein Fall der negotiorum gestio vorliegen? Der Sammler hat in zurechenbarer Weise den Zwiespalt zwischen wahrem und scheinmäßigem Willen hervorgerufen. Man wird nicht umhin können, einen Widerspruch als ein „venire contra factum proprium", als eine hier wie sonst unbeachtliche „protestatio facto contraria" zu behandeln.

Aber auch im übrigen ist der Scheinwille nicht bedeutungslos gegenüber dem für den gestor nicht erkennbaren wirklichen Willen, da er nach §§ 678, 276 gegenüber dem Anspruch des Geschäftsherrn eine Ausgleichsfunktion erfüllt.

objektive „Interessenschein“[9] den Weg, allerdings nur dem Rahmen nach, da außer dem Interesse der mutmaßliche Wille zu beachten ist.

Bei seiner Feststellung sind die Anschauungen, Neigungen, Gewohnheiten, Liebhabereien, der Vermögenszustand, überhaupt die gesamten Verhältnisse des Geschäftsherrn zu Grunde zu legen. Wenn aber auf diesem Wege der mutmaßliche Wille nicht gefunden werden kann, muß der Geschäftsführer allein der Interessenerwägung folgen und das zum Vorbilde nehmen, was ein vernünftiger Mann in einem solchen Falle machen würde. Die den „Willensanschein“[10] bildende Grundlage ist also bald mehr, bald weniger erweitert.

Zusammenfassend kann man demgemäß sagen, daß der gestor sich in dem Rahmen des Interessenscheines von dem Willensanscheine leiten lassen darf[11] und muß.

Von einer echten Willenserklärung unterscheidet sich der Willensanschein im § 677 regelmäßig, aber nicht notwendig, durch die Form, da auch die Willenserklärung nicht in ein Wortgewand gehüllt zu sein braucht, sondern auch in einer anderen Gestalt — in den äußeren Umständen — erscheinen kann. Der eigentliche Unterschied zwischen der echten Willenserklärung und dem Willensanschein besteht darin, daß die echte Willenserklärung der wirkliche Wille des Erklärenden tragen muß, während den Anschein des Willens der wahre Wille des Erklärenden nicht zu stützen braucht.

Wenn die auftragslose Geschäftsbesorgung als „Scheinauftrag“ oder — wie man will — als „vermuteter Auftrag“ bezeichnet wird, so kann und darf dieser Ausdruck im Sinne eines unentwickelten Vertrages verstanden werden, bei dem das ergänzende Schlußstück die gesetzgeberische Gleichstellung mit dem wahren Auftrag bildet. Man ziehe die Vertragsformel heran und prüfe! Einen — wenn auch nur unvollkommenen — Ersatz für die Offerte des Geschäftsherrn stellen die den Willensanschein verkörpernden äußeren Umstände dar, während der gestor auf die „Anerklärung“ — durch die Übernahme der Geschäftsbesorgung annehmend — antwortet.

Wenn man allgemein von einem „gesetzlichen Auftrag“ oder von einem „quasi-Auftrag“ spricht, so kann gegen diesen Nenner nicht der Einwand der Unrichtigkeit, wohl aber der Vorwurf der Unvollkommenheit erhoben werden, da er nicht zugleich auch der belebende Nerv dieses Instituts — den Rechtsschein — sinnfällig werden läßt.

Naendrup, der schon vor Jahren die negotiorum gestio als Schöpfung des Rechtscheinsgedankens erkannt hat und in seinen Vor-

[9] Den Interessenschein erkennt bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ausdrücklich außer Naendrup, der ihn wie den Willensanschein in seinen Vorlesungen bereits lange Zeit vor dem Erscheinen des Schuldrechtes von Heck vertrat, Heck, Sch. R. § 120 4 an.

[10] Heck, § 120 7 b, dem als Vertreter der Interessen-Jurisprudenz der Rechtsschein ein geeignetes Mittel bietet, spricht ebenfalls vom „Schein des Willens“.

[11] Daß man sich bei der Interessenfeststellung vor einer Überspannung des relativen Momentes und bei der Ermittlung des Willens vor einer unbegrenzt weiten Subjektivierung hüten muß, ergibt § 686.

lesungen als solche immer wieder hinstellt, hat demgemäß zu Recht die Bezeichnung „Scheinauftrag" geprägt und verdient Gefolgschaft.

Im Schrifttum nähert sich dieser Gedankenführung am meisten Heck[12], der in der Geschäftsführung ohne Auftrag den Schein des Willens und des Interesses als Veranlassung zur Handlung erkennt.

Krückmann[13] äußert ebenfalls — wenn auch nicht ausdrücklich — Rechtscheinsgedanken, wenn er in seiner Abhandlung „Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt" wie sonst so auch in den §§ 677, 678, 683 den typischen Parteiwillen, den Willen, den in gleicher Lage ein vernünftig und anständig denkender Rechtsgenosse haben würde, sieht.

In gleicher Weise formuliert Kuhlenbeck[14] den mutmaßlichen Willen als „hypothetischen" Willen.

Ebenso spricht Oertmann[15] von einem Willen im „normativen" Sinne, der ähnlich wie der sog. „hypothetische" Geschäftswille bei der Auslegung nach § 157 B.G.B. sei.

Alle übrigen, die sich zu der Frage äußern, erblicken in dem mutmaßlichen Willen den Willen, der aus den Gepflogenheiten, Neigungen, Anschauungen, Vermögensverhältnissen, Liebhabereien usw. des Geschäftsherrn nach allgemeiner Lebenserfahrung abzuleiten sei. Sie alle nehmen als Ausgangspunkt den Willen, den der Geschäftsherr in einer gleichen oder ähnlichen Lage regelmäßig erklärt hat oder den er, wenn das bisherige Verhalten des Geschäftsherrn einen solchen Schluß nicht ermöglicht, in dieser Lage verständigerweise haben würde[16]. Was ist denn dieser „typische, erfahrungsgemäße, regelmäßige, virtuelle, hypothetische, normative" Wille durchweg anders als der Scheinwille? Ein materieller Unterschied ist nicht ersichtlich; es kann sich daher nur um einen formellen — um eine Abweichung in der Bezeichnung — handeln.

Wenn man nun zu der Ausgangsfeststellung (S. 16), daß die Übernahme und Durchführung der Findertätigkeit eine besonders gestaltete Art der Geschäftsführung ohne Auftrag ist, zurückkehrt, so ergibt sich der zwingende Schluß, daß der Fund in seiner obligatorischen Seite eine Unterart des Scheinauftrages ist. Er ist nicht — und kann es überwiegend auch nicht sein — der Scheinauftrag in seiner regelmäßigen Form, da der Finder normalerweise den Verlierer nicht kennt und daher fast durchweg seinen Handlungen den Scheinwillen zu Grunde legen muß, der sich nach den Auffassungen eines Durchschnittsmannes ergibt. In der Mehrzahl aller Fälle nähert sich dieser Scheinauftrag also der in § 686 abgewandelten Art.

Mitunter kann aber — und das ist häufig der Fall, wenn der Finder Person und Verhältnisse des Verlierers kennt — das Finden die Erfüllung eines Scheinauftrages im Sinne des § 677 sein, sodaß der Finder bei der Geltendmachung des Aufwendungsanspruches nicht auf die Einredelage (Verteidigungslage 972) und auf den zum Teil unvollkommenen

[12] Schuldrecht § 120 4 u. 7 b.
[13] Archiv. Civ. Pr. 131 S. 7, 8, 94, 259. Institutionen § 30 II 1.
[14] J. W. 1909 S. 121.
[15] Anm. 1 b β zu § 677.
[16] § 753 des Entwurfes (1888) bewegt sich in den Bahnen des Rechtsscheines.

Ersatzbehelf des § 974 (Fristsetzung zur Erklärung über den Aufwendungsanspruch) beschränkt sein würde.

Da außerdem der Finder seine Tätigkeit einerseits auf Grund eines echten Auftrages und anderseits im Widerspruch zu dem wirklichen oder scheinbaren Willen des bekannten Verlierers oder eines Durchschnittsmannes vollziehen kann, so kann die Finderhandlung erscheinen im Rahmen eines

1. Auftrages,
2. Scheinauftrages im allgemeinen Sinne der §§ 677 ff.,
3. Scheinauftrages im besonderen Sinne der §§ 965 ff.,
4. Nichtauftrages.

§ 3.

Verwahrung der Fundsache.

Wie das obligatorische Fundrecht als Abart des Scheinauftrages in seiner Gesamtstruktur, so ist es auch in seinen Einzelzügen vom Rechtsschein getragen.

Der Fund erzeugt Pflichten und Rechte.

Durch den Fund wird der Finder zur Betreuung der Fundsache verpflichtet. Er hat die Sache zu verwahren. Da die Verwahrung nach dem Sinn des § 966 nur bezweckt, dem Verlierer die Sache zu erhalten, ist der Finder von der Pflicht zur Verwahrung vernunftgemäß dann befreit, wenn die Fundsache wertlos oder verdorben ist. Der Finder wird sie daher in diesem Falle ohne weiteres fortwerfen können[17]. Dieses Recht wird vom Rechtsschein getragen. Da erfahrungsgemäß nicht angenommen werden kann, daß der Verlierer unwirtschaftlichen Kräfteaufwand verlangen würde, besteht der Anschein der Billigung. Der Finder muß umso mehr im Vertrauen auf den Anschein der eigenen Entledigungs-Befugnis geschützt werden, als regelmäßig der Verlierer sich mit Recht gegen den Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die etwa für die Ablieferung an die Fundpolizei gemacht worden wären, mit dem Einwand der Sinn- und Gegenstandslosigkeit wehren würde. Solche Kehrseite der Sachlage zwingt daher geradezu den Finder zu dieser Maßregel.

Wenn aber der Verderb[18] der Sache nur erst zu besorgen ist, so ist der Finder nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Sache öffentlich versteigern[19] zu lassen, nachdem er vorher die Polizeibehörde von der geplanten Versteigerung benachrichtigt hat (§ 966 II).

[17] So Schliewen i. R.G.R. Komm. Erl. 1 zu § 966;
Fischer-Henle, 10. Aufl. Bem. 3 zu § 966;
Crome, Anm. 26 zu § 413;
Matthias, II § 26 II A 1 c.

[18] Den Begriff „Verderb" kann man nach der ratio legis nicht im rein physikalischen, sondern nur im weiteren Sinne nehmen. So wird bei Wertpapieren die Gefahr eines Kurssturzes genügen. Zu dieser Ausdehnung nötigt auch der Analogieschluß aus § 1219.

[19] Die Pflicht zur öffentlichen Versteigerung bezieht sich nach dem Wortlaut der Bestimmung auch auf den Bagatellfund. Da diese Form der Veräußerung jedoch mit

Wenn man den Grund für die Verleihung des Notveräußerungsrechtes und für die Auferlegung der Versteigerungspflicht sucht, so kann man ihn nur in dem Rechtsschein finden, der allen Zweckmäßigkeitsforderungen gerecht wird. Den Gesetzgeber veranlaßte zu dieser Regelung der „abstrakte Schein", daß jeder Verlierer die Versteigerung wollen würde, wenn ihm der drohende Verderb bekannt wäre. So wie den Gesetzgeber der abstrakte Schein, beeinflußt im Einzelfalle der entsprechende konkrete Willensanschein den Finder. Im Vertrauen auf diesen Anschein des Verlierer-Willens, der für den Finder den „Anschein eines eigenen Rechtes" — des Versteigerungsrechtes — erzeugt, wird der Finder, wenn sein Vertrauen nicht grobfahrlässig (§ 968) war, dadurch geschützt, daß der gegenwärtige oder nachträglich widersprechende Wille des Verlierers unberücksichtigt bleibt. Der Verlierer darf sich nicht auf einen unvernünftigen Willen berufen.

Ebenso kann und muß der Finder zur Versteigerung schreiten, wenn die Aufbewahrung der Sache mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen verbunden ist (§ 966 II). Einerseits kann dem Finder unter diesen Umständen eine große Kostspieligkeit nicht angesonnen werden[20], andererseits wird der Wert der Fundsache durch den Gegenanspruch aus dem Kostenaufwande im wirtschaftlichen Sinne aufgezehrt. Die Vorschrift dient daher nicht nur den Interessen des Finders, sondern zielt auch auf das Wohl des Verlierers ab und läßt sich folgerichtig durch das Rechtscheinsprinzip rechtfertigen. Jeder Rechtsgenosse, der auf eine angemessene Relation zwischen Hingabe und Erfolg sieht, würde unter diesen Verhältnissen nicht nur eine weitere Kosten verursachende Aufbewahrung nicht wollen, sondern sich mit Fug und Recht gegen eine solche wehren. Der Gesetzgeber wurde zu dieser Regelung durch den abstrakten Willensschein bewogen. Wenn nun jemand im Vertrauen auf den entsprechenden konkreten Willensanschein handelt, so wird er geschützt, indem er sich mit Erfolg auf den Anschein des eigenen Rechtes — nämlich des Notveräußerungsrechtes — berufen kann, falls der Verlierer der Vernunft zuwider mit der Versteigerung nicht einverstanden war oder sein würde.

Für den Verlierer bedeutet die Verleihung des Versteigerungsrechtes an den Finder sowohl im Falle der kostspieligen Aufbewahrung wie bei der Gefahr des Verderbes auch dann keine Härte, wenn er den Schaden auf andere Weise vorteilhafter hätte verhüten können, da er den Verlust der Polizei anzeigen und für die Betreuung der Sache Anweisung geben konnte. Die vorherige Ankündigung der Veräußerung (966 II S. 2) er-

unverhältnismäßig hohen Kosten beschwert ist, dürfte es im Sinne des Willensanscheines liegen, daß der Finder die Sache freihändig veräußert oder verbraucht.
So im Ergebnis Cosack, § 145 II 2 a,
Staudinger-Kober, Erl. 2 a zu § 967,
Dernburg, S.R. § 116 V 4,
Doleżych, S. 31.
A.A. Prot. Bd. III S. 258;
Biermann, Bem. 3 zu § 967, der wohl kaum mit Recht allgemein die Ablieferung an die Polizei fordert.

[20] Die Sachlage wird nicht geändert, wenn man auf die Möglichkeit der Ablieferung an die Polizei verweist. Diese müßte mit demselben Rechte ausgestattet werden, da auch ihr hohe Auslagen nicht zugemutet werden können.

folgt ja gerade zu dem Zweck, die Wahrung der Verliererinteressen zu überwachen. Wer sich verschweigt, kann und darf sich durch die Versteigerung daher nicht beschwert fühlen, sondern muß die Schadensursache in dem eigenen untätigen Verhalten suchen.

Sind aber die Voraussetzungen der öffentlichen Versteigerung nicht gegeben, weil weder der Verderb der Sache droht noch die Aufbewahrung unverhältnismäßig hohe Kosten macht, so ist die Veräußerung unrechtmäßig und an sich nicht geeignet, den Eigentumsübergang zu bewirken.

Wie ist es aber, wenn der Ersteher gutgläubig ist? Bezieht sich die Redlichkeit auf das Eigentum des Veräußerers, so erwirbt der Ersteher das Eigentum bereits nach den Vorschriften der §§ 932 ff., die den schutzwürdig auf den Anschein des fremden Eigentumsrechtes Vertrauenden, selbst wenn zwingende Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit nicht erfüllt sind, schützen. Kennt dagegen der Ersteigerer das Nichteigentumsrecht des Veräußerers und hält er ihn nur zur Verfügung berechtigt, so steht ihm eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung nicht zur Seite. Deshalb versagt Brodmann[21] dem Ersteher den Eigentumserwerb. Diese Ansicht ist ein Ausfluß des formalistischen Standpunktes, daß der Schutz des Vertrauens auf einen Rechtsanschein nicht per analogiam ausgedehnt werden dürfe. Sie kann aber nur dann gebilligt werden, wenn das Schweigen des Gesetzes ein qualifiziertes ist, wenn der Gesetzgeber durch die Unterlassung der Regelung diese hat ausschließen wollen. Dieser Nachweis kann jedoch nicht geführt werden. Dem Gesetzgeber stand noch nicht die fortschreitende Erkenntnis der sozialen Bedürfnisse in einem solchen Maße zur Verfügung wie dem Beurteiler von heute. Verständlich erscheint es daher, daß die Verfasser des B.G.B.s an diesen Fall garnicht gedacht und ihn somit auch nicht gelöst haben. Die erforderliche Gesetzesergänzung müssen deshalb Theorie und Praxis im Wege der Rechtsfindung bringen. Eine wirksame Stütze zur Erfüllung dieser Aufgabe bietet das Gesetz selbst in seinen Pfandrechtsbestimmungen. § 1219 gewährt dem Pfandgläubiger bei Besorgung des Verderbs ein vorzeitiges Veräußerungsrecht. Schreitet der Gläubiger ohne diese Voraussetzung zur Versteigerung, so bestimmt der § 1244, daß, wenn gewisse Mindesterfordernisse vorliegen, der Ersteher Eigentümer der Pfandsache wird, falls er schutzwürdig an das Vorliegen der Rechtmäßigkeitsbedingungen geglaubt und somit im Vertrauen auf den „Anschein des fremden Rechts" — des Veräußerungsrechts — gehandelt hat.

Wenn auch der Finder kein dingliches Veräußerungsrecht hat, so lassen sich dennoch wesentliche Berührungspunkte mit dem Rechte des Pfandgläubigers nicht leugnen. Von der Seite des Erstehers aus betrachtet, liegen die Dinge jedenfalls gleich. Ist daher der Erwerber, wenn die Fundsache als solche in den Formen der öffentlichen Versteigerung veräußert wird und der Ersteigerer mit Grund die Voraussetzungen des Veräußerungsrechtes für gegeben hält, nicht in gleichem Maße des Schutzes würdig? Die Gegenseite berücksichtigt nicht, daß durch die Öffentlichkeit der Versteigerung das Publizitätsmoment erheblich verstärkt ist. Die Art

[21] Bei Planck, Anm. 2 zu § 966; ebenso Spiegelberg Seuff. Bl. 77 S. 232 ff., Staudinger-Kober, Anm. 2c zu § 966.

der Versteigerung gibt dem Verlierer im erhöhten Maße die Möglichkeit zum Widerspruch. Wenn dieser von seinem Widerspruchsrechte keinen Gebrauch macht, verschweigt er sich an seinem Rechte und trägt billigerweise den Nachteil.

Bedenken muß man, daß einmal der mit der öffentlichen Versteigerung betraute Halbbeamte grobe Verstöße überprüfen wird, und daß weiter die Fundpolizei, die ausschließlich zu diesem Zweck die Voranzeige von der Versteigerung erhält, zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit vom Gesetzgeber eingeschaltet ist. Durch diese Sicherheitsmaßnahmen wird ein hochgradiger Anschein der Rechtmäßigkeit geschaffen, und dieser Scheinverstärkung muß auch ein angemessener Schutz des Redlichen entsprechen.

Da auf diese Weise ein bedenklicher Widerspruch im Gesetze vermieden, ein verhältnismäßig gerechter Ausgleich der aufeinander stoßenden Interessen geschaffen und ein unabweisbares Bedürfnis des Lebens befriedigt wird, ist eine analoge Anwendung der §§ 1244, 1219 unerläßlich und dem Gegenschluß aus den genannten Bestimmungen vorzuziehen.

Diese einer gesunden Entwicklungsjurisprudenz folgende wirklichkeitsfreundliche Einstellung wird mit Recht von Wolff Anm. 19 zu § 82, Schliewen i. R.G.R. Komm. Anm. 2 zu § 966, Warmeyer Anm. zu § 966 und Loewenwarter Lehrk. Anm. zu § 966 geteilt und verlangt auch nach Geltung, wenn der Finder die Fundsache an die Polizeibehörde abgeliefert hat und diese unter dem gleichen Verstoße die vorzeitige Versteigerung vornimmt. Zwar erfüllt die Polizeibehörde hoheitliche Aufgaben; mit diesem Obrigkeitsverhältnis ist es aber vereinbar, daß privatrechtliche Grundsätze — soweit wie möglich — entsprechend angewandt werden. Ja, durch die Versteigerung seitens der Polizei wird sogar der Anschein einer rechtmäßigen Versteigerung noch verstärkt, weshalb der Ersteigerer im Vertrauen auf diesen Anschein umso eher Schutz verdient.

Hat die Fundsache einen Markt- oder Börsenpreis, so wird man in analoger Ausweitung des § 1221 (385) den Finder bzw. die Polizei für befugt halten dürfen, die Sache aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken zu lassen. Diese Erleichterung der Veräußerung entspricht, da sie zu einer Kostenminderung[22] und regelmäßig zu einem günstigeren Ergebnis führt, ebenfalls dem Anscheine des Verliererwillen. Wenn nun eine Gefahr des Kurssturzes nicht vorgelegen hat, aber wenigstens die Sache als Fundgegenstand von einer zum freihändigen Verkauf geeigneten Person veräußert wird, kommt dem auf den Anschein der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen — also auf den Anschein des fremden Veräußerungsrechtes — schutzwürdig vertrauenden Erwerber in analoger Ausdehnung der §§ 1244, 1235, 1221, 1219 der Redlichkeitsschutz (Vertrauensschutz) zugute.

Erfüllt der Finder die ihm nach § 966 II 2 obliegende Voranzeigepflicht nicht, so beurteilt sich die Wirkung wiederum nach dem im Pfand-

[22] Das Gesetz berücksichtigt in § 966 II 1 den Kostenpunkt. Die vertretene Meinung ist daher nur die sinngemäße Fortführung des Gesetzesgedankens.

recht verwerteten Rechtscheinsprinzip[23]. Der gutgläubige Ersteher wird im Vertrauen auf den Anschein, daß die Voraussetzung der Anzeige vorliegt, geschützt.

Das schutzwürdige Vertrauen des Erstehers auf den Anschein der Rechtmäßigkeit der Veräußerung wird „zweifach-widerleglich" vermutet. Nach §§ 1244 I, 932 II B.G.B. kann nämlich dem Ersteher entgegengehalten und bewiesen werden, daß er 1. dem Anschein überhaupt nicht oder 2. nur grob fahrlässig vertraut habe.

Kann selbst die Versteigerung, da ihre Durchführung zu viel Zeit in Anspruch nimmt, den vorherigen Verderb der Sache nicht verhindern, so muß der Finder befugt sein, die Sache zu verbrauchen oder aus freier Hand zu verkaufen[24]. Das Gesetz gibt zwar expressis verbis diese Ermächtigung nicht. Die Berechtigung ist aber selbstverständlich. Zu ihr drängt ebenso wie bei der Befugnis zur öffentlichen Versteigerung der richtig verstandene Rechtsschein. Auch hier spricht der Anschein dafür, daß der Verlierer wie jeder vernünftige Rechtsgenosse den Verbrauch oder die freihändige Veräußerung der Fundsache (etwa nach Hedemann a. a. O. eine Tüte reifen Obstes) durch den Finder gestatten würde, wenn er um die Notlage wüßte. Weicht der Wille des Verlierers von dem Willen eines verständig denkenden Mannes — also vom Willensanscheine — ab, so darf dieses unvernünftige Anderswollen dem Finder nicht zum Schaden gereichen, da er im Vertrauen auf den Anschein des eigenen Rechtes zum Notverbrauch oder zur freihändigen Veräußerung zu schützen ist. Die ratio legis gibt selbst den Fingerzeig zu dieser Lösung, da sie dem Verlierer retten will, was zu sichern ist. Man kann deshalb der herrschenden Lehre, die in praktischer Vernunft den vom Gesetze in das Fundrecht hineingetragenen Fürsorgegedanken über den Gesetzeswortlaut hinaus entwickelt, nicht den Vorwurf machen, daß sie contra legem handele, sondern muß ihr zugestehen, daß sie praeter legem verfährt, da sie den Sinn des Gesetzes für sich hat.

[23] Die Voranzeige kann natürlich unterbleiben, wenn mit dem Aufschube der Veräußerung Gefahr verbunden ist (analog § 1220 I). Im übrigen wird man sie aber im Gegensatz zu Planck-Brodmann Anm. 2 zu § 966 entsprechend der Androhung im § 1220 als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Versteigerung ansehen müssen, da das Interesse des Verlierers die polizeiliche Aufsichtsprüfung verlangt.

[24] Ebenso Wolff § 82 V 2 u. Anm. 20,
Staudinger-Kober 2 a zu § 966,
Planck-Brodmann Bem. 2 zu § 966,
Rühl i. Fischer-Henle-Titze, Bem. 3 zu § 966,
Cosack II § 45 II 2 a,
Hedemann § 15 II b 1 γ,
Matthias II § 26 II A 1 c,
Dernburg § 116 V 4,
Strauß S. 40.

Unhaltbar erscheint die Meinung Biermanns Bem. 3 zu § 966, der die freihändige Veräußerung und den Selbstverbrauch mit der Begründung ablehnt, daß sie keine Verwahrung seien.

Aber auch die Mittelmeinung Gierkes § 132 Anm. 48, daß der Finder niemals ein Recht habe, so zu handeln, daß er aber nach § 968 haftfrei bleibe, wenn die Umstände sein Verfahren entschuldigten, befriedigt nicht.

§ 4.

Herausgabe der Fundsache.

Der Finder schließt, wenn er nicht schon vorher von seiner Befugnis zur Ablieferung an die Polizei Gebrauch gemacht hat, den Kreis seiner Pflichten durch die Herausgabe[25] der Fundsache an einen Empfangsberechtigten ab (969). Als socher kann einmal der Pfandgläubiger, Nießbraucher oder der Eigentümer erscheinen. Hat dieser sein Eigentum an der verlorenen Sache nach §§ 929 S. 1, 931 übertragen, ohne daß der Finder von der Verfügung erfährt, so kann der Finder mit befreiender Wirkung gegenüber dem neuen Eigentümer die Fundsache an den alten Eigentümer herausgeben, da er im Vertrauen auf den Anschein der Fortdauer des alten Eigentumsrechtes nach § 407[26] geschützt wird. Da die Befreiung dem Schuldner nur versagt wird, wenn er die zum Nichtrecht gewordene Stellung des alten Gläubigers (Eigentümers, Nießbrauchers, Pfandgläubigers) positiv kennt, hat man es hier im Sinne Naendrups mit einem Rechtsanscheine zu tun, bei dem die Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein nur „einfach-widerlegbar" gestaltet ist. Während die Schutzwürdigkeit des vorhandenen Vertrauens unwiderleglich ist, kann nur die Vermutung des Vertrauens an sich widerlegt werden. Diese Regelung ist vom Gesetzgeber mit vollem Recht getroffen worden, da der zu Grunde liegende Rechtsübergang einen solch geringen Publizitätsgrad aufweist, daß er, wenn er dem Schuldner nicht bekannt geworden ist, von ihm in fast geradezu allen Fällen auch nicht erkannt werden konnte.

Das Gesetz sieht aber auch den Verlierer als solchen als Empfangsberechtigten an, was aus dem Wortlaut („sonstigen") zu entnehmen ist. Den alleinigen Grund für diese Gleichstellung kann nicht die Erwägung gegeben haben, daß man dem Finder nicht zumuten könne, einen anderen Besitzstand als den früheren wiederherzustellen. Der Finder besorgt ein Geschäft für den, wen es angeht, und wird regelmäßig nicht für einen Unbefugten, sondern für den Berechtigten und unter mehreren stufenweise Berechtigten für den besser Berechtigten handeln wollen. Er verlangt daher nach dem Inhalt seines Willens garnicht nach einem Schutz auf der Grundlage einer gekünstelten Nichtzumutbarkeit. Die Erklärung dieser Bestimmung kann daher nicht — zum mindesten nicht ausschließlich — in der Gedankenführung der herrschenden Meinung gefunden werden, sondern wird in befriedigender Weise nur vom Rechtscheinsprinzip gegeben, das die Verfasser des B.G.B.s — wenn auch unbewußt — zum Ausdruck gebracht haben. Der Gesetzgeber wurde — vielleicht auch nur im Unterbewußtsein, das häufig auf den richtigen Weg führt — von dem „abstrakten

[25] Was im folgenden für die Herausgabe ausgeführt wird, muß naturgemäß auch für die Anzeigepflicht aus § 965 I gelten.
So Crome Anm. 20 zu § 413,
Planck Anm. 2 a α zu § 965 (428),
Strauß S. 38.

[26] Krückmann erklärt in seinen Vorlesungen folgerichtig vom Standpunkt seiner Ermächtigungslehre aus diese Bestimmung mit der gesetzlichen Ermächtigung des alten Gläubigers zur Einwirkung auf das fremde Recht.
Kreller spricht in seinen Vorlesungen von einer „historischen Legitimationskraft".

Scheine" geleitet, daß regelmäßig der Verlierer, entsprechend der auch sonst an den Besitztatbestand geknüpften Rechtsvermutung, ein auch zum Besitz berechtigendes Recht an der oder auf die Sache hat[27]. Die Beobachtung der Vergangenheit lehrt, daß dieser Erfahrungssatz in nahezu allen Fällen mit dem Leben übereinstimmt. Das Gegenstück zu diesem abstrakten Rechtsscheine bildet für den einzelnen Rechtsgenossen der konkrete Rechtsanschein. Diesen hat der Gesetzgeber nach der Stärke des auf ihn wirkenden abstrakten Scheines mit der höchsten Wirkung ausgestattet, indem er dem Finder selbst dann Befreiung von seiner Verbindlichkeit gewährt, wenn dieser garnicht auf den Rechtsanschein der fremden Empfangsberechtigung vertraut, also das Nichtrecht des Verlierers gekannt hat. Dieser Fall kommt so selten vor, daß der Gesetzgeber glaubte, einen regelwidrigen Nachteil um der Einheitlichkeit der Vorschrift willen mit in Kauf nehmen zu müssen[28]. Eine zufällige Härte wird durch die größere Verkehrssicherheit und durch die Reinigung des Prozesses in vollem Maße aufgewogen. Die Bestimmung ist ein Beispiel der „unwiderlegbaren Vermutung" des schutzwürdigen Vertrauens auf einen Rechtsanschein[28]. Weder die Vermutung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens noch die Vermutung des Vertrauens überhaupt kann hier im Prozesse entkräftet werden[28a u. 29].

Im Schrifttum streift Kretzschmar[30] den Rechtscheinsgedanken, wenn er den Sinn der Vorschrift darin erblickt, daß der Finder sich nach dem „äußeren Tatbestand" soll richten dürfen.

Im Gegensatz zu den Protokollen[31] lassen die Motive[32] eine Befrei-

[27] So Naendrup in seinen Vorlesungen.

[28] Vgl. hierzu Naendrup, Rechtscheinsforschungen I, 19; II, 83 f.; Verjährung S. 241, 292 ff., 295, 311 Anm. 314, 328 ff.; Ersitzung Anm. 15; Aktienrecht S. 831, 832, 833, 909, 910, 913, 916, 917, 937, 948, 949 f.

[28a] Allerdings kann dieser Vertrauensschutz nicht schlechthin gelten und wird vor den Schranken des § 242 Halt machen müssen. Es darf sich niemand auf ein formales Recht berufen, wenn die Ausübung gegen Treu und Glauben verstößt. Einen solchen Rechtsmißbrauch verbietet das Gesetz mit vollem Recht im allgemeinen und wird man im besonderen auch für § 969 verhindern müssen. Zur Durchbrechung der Regel im § 969 darf aber nicht bloße Kenntnis des mangelnden Rechtes auf der Seite des Verlierers genügen, sondern man wird fordern müssen, daß der Finder dem Verlierer das Nichtrecht unschwer nachweisen kann, sodaß ihm diese Last auch aufgebürdet werden darf. Nur in diesen Grenzen wird man in einengender Auslegung des § 969 den Finder für schutzunwürdig halten dürfen.
Vgl. Wolff § 82 Anm. 13 (verweist auf § 826),
Schliewen i. R.G.R.K. (§ 257 Str.G.B., § 138 B.G.B.) Erl. zu § 969;
Planck-Brodmann Anm. 2 zu § 969,
Staudinger-Kober Anm. A c zu § 969,
Cosack § 45 II 2 b,
Crome § 413 I 1 b γ,
Kretzschmar Anm. 1 zu § 969,
Biermann Bem. zu § 969,
Strauß S. 36, Landowicz S. 22 f., Haase S. 26, Prot. III S. 260, Mot. III S. 376 f.
Otto Gierke § 132 Fußnote 50, Dolezych S. 33.

[29] Parallele Entwicklungslinien bieten: § 851 (zweifach-widerlegbar), § 1058 (einfach-widerlegbar), § 1248 (einfach-widerlegbar).

[30] Anm. 1 zu § 969; ebenso Cosack § 45 II 2 b: Empfangsermächtigung.

[31] Bd. III S. 260.

[32] Bd. III S. 376; ebenso Gierke D. Pr. R. Anm. 50 zu § 132 u. Dolezych S. 33.

ung dann nicht eintreten, wenn der Verlierer nicht empfangsberechtigt ist, es sei denn, daß der Finder den Rechtsmangel nicht kennen konnte. Die Motive lassen aber dennoch, wenn auch in beschränktem Maße, den Rechtsschein zum Durchbruch kommen, indem sie die „Verlusttatsache als genügenden Ausweis des Rechtes an der Sache" anerkennen. Gegen den eindeutigen Wortlaut und den Sinn des Gesetzes können sie jedoch nicht den Beweis erbringen, daß das schutzwürdige Vertrauen des Finders auf den Anschein der Empfangsberechtigung des Verlierers nicht „unwiderlegbar" vermutet wird.

§ 5.

Aufwendungen und Finderlohn.

1. Nach der Correlativität von Rechten und Pflichten hat das Gesetz dem Finder nicht nur Pflichten aufgebürdet, sondern auch Rechte verliehen. Der Pflicht zur Aufwendung, die als ein Ausfluß der allgemeinen Verwahrungs- (Erhaltungs-)pflicht anzusehen ist, entspricht daher auf der Kehrseite das Recht auf Ersatz der Auslagen. Daß es hierbei sich nicht um einen der Selbstbehauptung fähigen Anspruch im gewöhnlichen Sinne handelt, ergibt sich aus § 972.

Die Entstehung dieses unselbständigen Ersatzanspruches ist nach § 970 dadurch bedingt, daß der Finder die Aufwendungen den Umständen nach für erforderlich halten darf. Die Worte „die er den Umständen nach für erforderlich halten darf" weisen auf den Rechtsschein hin. Dem Gesetzgeber schwebte der auf der Erfahrung beruhende „abstrakte Schein" vor, daß, wenn ein verständig denkender Rechtsgenosse Aufwendungen für notwendig hält, sie auch der Verlierer für notwendig halten wird oder würde. In gleicher Weise wirkt auf den Finder der konkrete Anschein ein, daß der Verlierer diese von einem vernünftigen Manne für erforderlich gehaltenen Auslagen billigen wird oder würde. Im Vertrauen auf diesen Willensanschein und den dadurch bedingten Anschein des eigenen Rechtes wird der Finder dadurch geschützt, daß er Ersatz der allgemein üblichen Aufwendungen auch dann fordern kann, wenn der Willensanschein im Widerspruch zu dem wirklichen Willen des Verlierers steht.

Biermann läßt in seinen Anmerkungen zum § 970 ebenfalls Rechtscheinsgedanken anklingen, wenn er sagt, daß auch der Finder „das im Verkehr Übliche" für erforderlich halten darf[33]. Denn das Übliche ist ja eben das Scheinmäßige.

Die Motive würdigen den § 970 unrichtig, da sie die Meinung bringen, daß das subjektive Moment der vermutlichen Billigung, das im § 683 zur Voraussetzung der Gegenansprüche des negotiorum gestor gemacht sei, hier nicht in Frage kommen könne. Zwar hat der Finder, wie richtig bemerkt wird, „bei seinen Maßnahmen einfach den gesetzlichen Weisungen zu folgen und braucht nach den persönlichen Intentionen des Empfangsberechtigten nicht zu forschen", da er den Verlierer nicht kennt und gerade

[33] Bd. III S. 380; ebenso Strauß S. 41, Dolezych S. 33, Oesterreich S. 21, Landowicz S. 36 f.

seinen Willen also auch nicht zur Richtschnur machen kann. Er hat aber doch nur deshalb das gewöhnliche Maß von Aufwendungen zu Grunde zu legen, weil der Tatsachenschein besteht, daß der Verlierer ein Durchschnittsmensch ist und schlechthin auch die einem solchen eigene Willensrichtung hegt. Demnach läßt sich nicht die historische Erfahrung bestreiten, daß der Verlierer in der Regel aller Fälle die allgemein üblichen Auslagen will oder wollen würde. Es handelt sich im Gegensatz zum Scheinwillen bei der negotiorum gestio im Sinne des § 677 ff. nicht um den Willensanschein, der von einer bekannten bestimmten Person ausgestrahlt und in seinen Umrissen durch das Interesse und die Neigungen dieser Person begrenzt wird, sondern naturnotwendig um einen Willensanschein mit einer breiteren Grundlage (Verhältnisse eines Durchschnittsmannes).

Wenn man den Schein hier so versteht, kann nicht geleugnet werden, daß der Gesetzgeber unwillkürlich das subjektive Moment der mutmaßlichen Billigung zum Anlaß für die Aufwendungspflicht und für die Auslagenermächtigung genommen hat[34].

Der Finder kann nicht nur Erstattung seiner Unkosten, sondern als Entschädigung für seine Mühewaltung und als Anerkennung für seine Ehrlichkeit einen Finderlohn verlangen. Von dieser Verpflichtung wird der Schuldner ebenso wie bei der Pflicht zum Ersatz der Aufwendungen grundsätzlich nur befreit, wenn er an den wahren Gläubiger zahlt. Die Zahlung an einen Nichtberechtigten hat daher keine schuldtilgende Wirkung. Wie ist es aber, wenn die Leistung an einen durch den Schein der Berechtigung — durch den Besitz der Fundsache — ausgewiesenen Nichtberechtigten erfolgt?

Das Gesetz läßt im Fundrecht eine Bestimmung über diesen Fall vermissen, da die Verfasser des BGB. entweder diese Frage übersehen, die Antwort für selbstverständlich gehalten haben oder die Lückenausfüllung der Theorie und Praxis überlassen wollten.

Biermann und Oertmann[35] vertreten die Ansicht, daß der Verlierer nicht befreit werde, da die Bestimmungen des BGB., nach denen einer Zahlung an einen Nichtgläubiger schuldtilgende Wirkung gegenüber dem wahren Berechtigten beigelegt werde, Ausnahmecharakter trügen.

[34] Das Gesetz sieht eine reiche Skala von Ansprüchen auf Auslagenersatz vor, die sich nach dem Auftrag, der auftragslosen Geschäftsbesorgung oder nach anderen leitenden Grundsätzen richten. Die gleiche Formel wie im § 970 gebraucht das Gesetz in den §§ 670, 683, 450 II, 547 II, 693, 713, 994 II, 1049 I, 1216, 1390, 1648, 1835, 1959 I, 1978, 2125 I.

In diesen Fällen kehren dieselben Rechtscheinsgedanken wieder — allerdings in abgewandelter Form, da durchweg die Person des zu Betreuenden dem Geschäftsbesorger bekannt ist und somit als Willensanschein nicht der im weitesten Maße objektivierte, sondern ein durch die besonderen Verhältnisse der bestimmten Person angezeigter maßgebend ist. Dieser besonders geartete stärkere Willensanschein ist durchweg mit einer weitergehenden Wirkung ausgestattet, da er ohne weiteres ein selbständiges Klagerecht verleiht.

[35] Anm. 1 zu § 971 (im Widerspruch zu Anm. 2 b bei § 867!), ebenso Oertmann Bem. 1 zu § 851.

Wolff[36] verweist auf die Vorschrift des § 851 und bemerkt[37] mit Recht, daß man den Verlierer erst recht schützen müsse, wenn § 851 sogar einen Delinquenten für schutzbedürftig halte[38].

Wenn die Meinung von Biermann[39] und Oertmann im Einklange mit dem Willen des Gesetzgebers stände, würde ein Widerspruch im Gesetz vorliegen und eine Regelung getroffen sein, die in keiner Weise den Bedürfnissen des praktischen Lebens Rechnung trüge. Da ein solch grober Verstoß gegen die Forderung nach einheitlicher Regelung gleich liegender Tatbestände den Verfassern des Gesetzes nicht zugetraut werden kann, ist die aus dem Zwange der Logik folgende Betrachtung von Wolff usw. nicht als widerlegt anzusehen. Man muß daher, wenn man die Forderungen des Lebens nicht erdrosseln will, den im § 851 verkörperten Rechtscheinsgedanken auf den vorliegenden Fall übertragen, da so ein billigenswerter Ausgleich der einander entgegengesetzten Interessen herbeigeführt wird.

Der zahlende Verlierer muß daher im Vertrauen auf den durch den Besitz gebildeten Anschein des Gläubigerrechtes[40] geschützt werden. Dieser Schutz ist in sinngemäßer Anwendung des § 851 jedoch zu versagen, wenn die Schutzwürdigkeit des Vertrauens oder schon das Vertrauen an sich gefehlt hat. Die Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein ist demgemäß „zweifach widerlegbar".

2. Der Anspruch des Finders auf Aufwandsersatz und Finderlohn ist, wie die Verweisung des § 972 auf §§ 1000 ff. zeigt, insofern ein unvollkommener, als ihm eine Klagenschranke entgegensteht, wenn der Verlierer noch nicht die Sache wiedererlangt oder die Gegenansprüche genehmigt hat.

Bietet der Eigentümer dem Finder die Erfüllung seiner Forderungen an, so wird man ihn — auch dann, wenn er nicht genehmigen wollte, — so behandeln dürfen, als ob er genehmigt hätte[41], da der Eigentümer durch dieses Verhalten den Anschein der Genehmigungserklärung veranlaßt und der Finder im Vertrauen auf den durch diesen Willensanschein

[36] § 82 VI 4. Ebenso Staudinger-Kober Erl. 3 zu § 971, Loewenwarter Lehrk. Bem. zu § 969, Planck-Brodmann Anm. 5 zu § 971, Nestroy S. 27 u. Jung S. 240.

[37] Anm. 27.

[38] Eine analogiefreundliche Ausdehnung vertreten für die Auslobung Enneccerus-Lehmann § 156 IV 3 a,
für § 867 Wolff § 19 VII 3, Biermann Anm. 2 b zu § 867 und Rosenberg Erl. V 1 zu § 867;
für das Verhältnis des Pächters zum Verpächter Wolff § 85 Anm. 29.

[39] Da Biermann im Widerspruch mit sich selbst steht (vgl. Fußnote 34), kann er weder als Gegner noch als Befürworter angesehen werden.

[40] Otto Fischer in Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 851 erblickt ebenfalls in dieser Bestimmung ein Rechtscheinsgebilde; ebenso
Enneccerus-Lehmann § 238 II 4 mit Fußnote 1.
Jung § 240 spricht von „Legitimation".
Wolff § 82 VI 4 führt als Begründung an: „Der Lebenserfahrung und dem Geiste des Besitzrechtes entspricht es, zu vermuten, daß, wer eine verlorene Sache besitzt, sie gefunden hat" und zeigt so, daß er im Banne des Rechtscheinsgedankens steht.

[41] Wolff Anm. 20 zu § 86 wird seine im Ergebnis gleiche — wortlautmäßig über's Ziel schießende — Meinung dahin einschränken müssen, daß in der Handlung der Schein der Genehmigung, nicht notwendig die Genehmigung liegt.

erzeugten Anschein des Klagerechtes Schutz verdient. Ein Sträuben des Verlierers würde insofern ein unzulässiges „venire contra factum proprium" sein, als der Verlierer sich nicht in Widerspruch zu dem von ihm veranlaßten Willensanschein setzen darf[42].

Nach §§ 972, 1001 S. 3 „gilt" die Genehmigung als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm vom Finder unter Vorbehalt der Gegenansprüche angebotene Sache annimmt. Auch diese Regelung ist auf den Rechtsschein zurückführbar. Ebenso wie dem Gesetzgeber der abstrakte Rechtsschein vor Augen stand, daß ein Verlierer, der die so angebotene Fundsache annimmt, regelmäßig die Gegenansprüche genehmigt, so schwebt aus demselben Anlaß dem Finder im einzelnen Falle der Willensanschein vor, daß der Verlierer die Forderungen billigt. Ein Widerspruch hätte, falls der Verlierer nicht genehmigen wollte, umso mehr erwartet werden müssen, als der Finder dann die Sache nicht herausgegeben haben würde. Der abstrakte Schein erschien dem Gesetzgeber aber so stark, daß er die Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens des einzelnen Rechtsgenossen auf den auf ihn einwirkenden Rechtsanschein mit unzerstörbarer Kraft bekleidet, also „unwiderlegbar" gestaltet hat. Selbst wenn der Verlierer die Gegenansprüche zurückweist und der Finder somit auf einen Anschein nicht vertrauen kann, tritt daher die gesetzliche Wirkung ein. Als genügend starker und deshalb beachtlich erscheinender Widerspruch wird vom Gesetz mit Recht nur die Ablehnung der Sachannahme angesehen, da die Lebensbetrachtung die Richtigkeit des vom Gesetze erkannten Erfahrungssatzes, daß eine Nichtgenehmigung trotz Sachannahme so gut wie nie erfolgt, bestätigt.

Die materielle Ungerechtigkeit, welche die unwiderlegbare Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein[43] unter Umständen im Gefolge hat, wird durch größere Sicherheit und Ausschaltung prozeßüberlastender Beweisfragen mehr als ausgeglichen.

Diese Regelung kann aber nicht ausnahmslose Geltung verlangen, sondern muß solchen Bestimmungen weichen, die Anwendung schlechthin fordern. So muß natürlich der Widerspruch durchschlagen, wenn der Ver-

[42] Diesen Fall wird man mit Recht dem Vorgang im § 1001 S. 3 gleichstellen dürfen, da hier wie dort der Anschein gleich stark und der Finder desselben Schutzes würdig ist.

[43] Wolff Anm. 22 spricht von einem Genehmigungsersatz, Crome § 418 II 5 b β von „indirekter Genehmigung". Diese Bezeichnungen sind zwar nicht unrichtig, aber unzureichend, da sie nur die Wirkung des Verhaltens, nicht aber den wahren Grund der Vorschrift wiedergeben.

Schliewen i. R.G.R.K. Anm. 5 zu § 1001 (desgl. Cosack § 58 II 2 u. R.G. i. Gruch. 66 S. 485) erblickt in dieser Bestimmung eine Fiktion (R.G. a. a. O. auch „unwiderlegbare Vermutung"). Diese Ansicht ist keine Besonderheit gegenüber der hier vertretenen Meinung, da die Fiktion in der Regel nur zum Ausdrucke von Rechtscheinsgedanken dient (so Fischer-Henle 12. Aufl. Vorbem. II 14 und Janssen a. a. O. S. 126 f.) und ohne Zuhilfenahme des Rechtscheins garnicht verständlich sein würde. Sie wird vom Gesetz mit Vorliebe dann gebraucht, wenn besonders starke Publizitätsmittel gegeben sind.

Siméon-David § 95 I 5 d irren, wenn sie eine stillschweigende Genehmigung annehmen, da diese stets von einem wahren Willen getragen sein muß und dieser aber nicht vorhanden zu sein braucht.

lierer ein Urteil auf Leistung ohne Zug um Zug-Einschränkung erstritten hat und der Finder seinen Anspruchsvorbehalt auf Umstände stützt, die vor dem Erlaß des Urteils liegen[44]. Der Finder hat sich an seinen Gegenforderungen verschwiegen und dadurch dem Verlierer gegenüber den Anschein eines einredefreien Rechtes hervorgerufen. Das schutzwürdige Vertrauen des Verlierers auf diesen Rechtsanschein wird insofern mit formaler Rechtskraft ausgestattet, als es „unwiderlegbar" vermutet wird. Die Vermutung ist allerdings nur eine „beschränkt-unwiderlegbare". Nimmt nämlich der Urteilsträger trotz des Vorbehaltes die Leistung ohne Widerspruch an, so kann unter besonderen Umständen dennoch der Anschein einer Genehmigung entstehen, auf den sich der Finder mit Erfolg berufen kann[45].

Hat der Finder dem Verlierer die Sache zurückgegeben, ohne daß der Verlierer die Ansprüche genehmigt oder der Finder sie bei der Rückgabe vorbehalten hat, so werden die Ansprüche zwar ausübbar[46], aber zeitlich beschränkt. Nach §§ 972, 1002 erlöschen sie mit dem Ablauf eines Monats[47] seit der Rückgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendma-

[44] So Planck-Brodmann Anm. 3 b zu § 1001;
Windscheid-Kipp I S. 998;
Wolff § 86 Fußnote 23.

[45] So Planck-Brodmann Anm. 3 b zu § 1001.
A.M. Windscheid-Kipp a. a. O. u. Wolff a. a. O.; in dieser allgemeinen Weise wohl mit Unrecht. Warum soll ein Urteil durch einen in zurechenbarer Art veranlaßten Schein der Genehmigung nicht — ebenso wie durch Rechtsgeschäft — entkräftet werden können? Dem Verkehr ist hinreichend gedient, wenn man nur einen solchen Schein anerkennt, der mit Rücksicht auf den hochgradigen Urteilsschein ein besonders starker ist.

[46] Erlangt dagegen der Verlierer die Sache nicht zurück, hat dieser die Auslagen nicht gebilligt und ist der Finder nicht mehr im Besitze der Fundsache, so ist die Durchführung des Anspruchs vorläufig unmöglich und wird erst dann zum Ziele führen, wenn die Sache doch wiederum in die Hand des Verlierers kommt. Nach § 202 I ist jedoch während dieser Klagenschranke der Lauf der Verjährung gehemmt (Die Klage darf ihm nicht zugemutet werden, da er wegen des vorübergehenden Leistungsverweigerungsrechtes des Verlierers den Anspruch mit Aussicht auf Erfolg nicht geltend machen kann und da er somit nicht in der Lage ist, den Anschein zu beseitigen.), und der Anspruch erlischt während dieser Hemmungszeit, die unbegrenzt sein kann, mit dem Untergang der Sache (vgl. Landsberg § 183 III 2 d).

[47] Liegt Genehmigung oder Verurteilung vor, so greifen naturgemäß die allgemeinen Verjährungsvorschriften ein, sodaß der Finder nach 30jähriger Verschweigung seiner Ansprüche rechtscheinsgemäß die Verjährungseinrede fürchten muß.
Hat der Verlierer die Sache gegen den Willen des Finders zurückerhalten, so gilt die kurze Ausschlußfrist nicht, da der Finder keine Möglichkeit hatte, durch Anspruchsvorbehalt den genehmigungsgleichen Genehmigungsanschein herbeizuführen oder durch Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechtes und Fristsetzung seine Befriedigung wirksamer vorzubereiten. Dieser Schluß läßt sich aber nicht nur aus dem Sinn, sondern auch aus der verschiedenen Wortfassung im Gesetze (§ 1001 u. 1002), die geradezu als gewollt erscheinen muß, folgern. Da von einer von Anfang an als genügend stark gefestigten Verschweigung schlechterdings nicht gesprochen werden kann, gelten vom Standpunkte des Rechtscheinsgedankens aus die allgemeinen Verjährungsbestimmungen mit guten Gründen. Zum gleichen Ergebnis kommen:
Wolff § 86 V 2 c;
Planck-Brodmann Anm. 3 zu § 1002;
Staudinger-Kober Anm. 2 c u. 4 zu § 1002, allerdings mit der ungerechtfertigten Einschränkung, daß der Verlierer den Besitz ohne seinen Willen durch Zufall verloren hat;

chung oder die Genehmigung des Verlierers erfolgt. Der Anspruchsuntergang ist eine Rechtscheinsfolge:

Der Gesetzgeber hat an das deutschrechtliche Institut der Verschweigung angeknüpft, die mit dem Rechtsschein im engsten Zusammenhange steht[48]. Der Finder hat sich dadurch, daß er innerhalb der einmonatlichen Frist seine Forderung nicht geltend machte, obwohl ihm die Hände nicht gebunden waren, an seinem Rechte verschwiegen. Durch die Verschweigung hat er den Anschein aufkommen lassen, daß entweder eine Verpflichtung niemals entstanden oder daß diese durch Verzicht usw. erloschen ist. Dieser Verzichtsanschein hat auf der Seite des Verlierers den Anschein eines eigenen Rechtes, nämlich eines „Nichtbehelligungsrechtes“[49] zur Folge. Im Vertrauen auf diesen Rechtsanschein wird der Verlierer vom Gesetz durch Befreiung von der Schuld geschützt. Die Verschweigung erzeugt hier einen rechtsvernichtenden Tatsachenkomplex, ist — zufolge richtiger Würdigung des Grades der Scheinstärke — also mit weit höherer Wirkung ausgestattet als bei der Verjährung, bei der die nichtrechtzeitige Geltendmachung des Anspruches nicht den Untergang des Anspruches, sondern nur die Entstehung einer Einrede nach sich zieht. Wie bei der Verjährung kann aber die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Verzichtsanschein nicht durch gewöhnliche Mahnung, sondern nur durch Klageerhebung seitens des Gläubigers zerstört werden bezw. das Fehlen des Vertrauens an sich durch genehmigende Anerkennung des Schuldners sich ergeben. In diesen Grenzen wird das schutzwürdige Vertrauen des Verlierers auf den hervorgerufenen Rechtsanschein „unwiderlegbar“ vermutet[49a].

Die Verschweigungsfrist ist aber vom Gesetzgeber nur als eine unechte, nämlich elastische Ausschlußfrist anerkannt worden, da in §§ 1002 II auf die §§ 203, 206, 207[50] der Verjährung verwiesen wird. Nach der entsprechenden Anwendung des § 203 ist die einmonatliche Ausschlußfrist solange gehemmt, als der Finder infolge des Stillstandes der Rechtspflege (Abs. I) oder infolge höherer Gewalt (Abs. II) an der Rechtsverfolgung verhindert ist. Diese Vorschrift findet im Rechtscheinsgedanken ihre natürliche Erklärung. Solange der Finder den Klageweg nicht beschreiten kann, darf ihm die Falschheit des Rechtsanscheines nicht zugerechnet und ein durch den unrichtigen Anschein ausgelöster Nachteil nicht aufgebürdet werden, wenn man nicht gegen die gröbsten Gesetze der Billigkeit verstoßen will[50a].

Schliewen i.R. G. R. K. Erl. 1 zu § 1002;
Landsberg II § 183 III 2 c;
Biermann Anm. 1 u. 2 zu § 1002;
Warneyer Anm. zu § 1002;
Kretzschmar Anm. zu § 1002;
Neumann Anm. zu § 1002;
Illing i. Soergel Anm. zu § 1002;
Freymuth i. Rosenthal Anm. 48 a zu § 985 ff.;
Wedell S. 45;
O.L.G. Stettin in L. Z. 1927 S. 1490.

[48] Naendrup Verjährung S. 246, 272 ff.

[49] Naendrup Verjährung S. 246, 272 ff.

[49a] Vgl. Naendrup, Allgemeiner Teil, S. 73 f., 76.

[50] Vgl. die eingehenden Ausführungen von Naendrup Verjährung, S. 260 ff.

[50a] Vgl. Naendrup, Allgemeiner Teil, S. 75 f.

Ist der geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Finder ohne gesetzlichen Vertreter, so wird gemäß §§ 972, 1002, 206 die Vollendung der Ausschlußfrist hinausgeschoben. Der Rechtsanschein kann sich hier zu Ungunsten des Finders deshalb nicht auswirken, weil dieser wegen mangelnder Prozeßfähigkeit keine Möglichkeit hat, den Schein zu zerstören.

Ebenso versteht sich die Vorschrift der §§ 972, 1002, 207 im Lichte des Rechtsscheines von selbst. Auch hier besteht eine Klagenschranke und mit ihr der falsche Rechtsanschein ohne zurechenbares Zutun des Finders.

An Stelle des Anspruchs auf Aufwandsersatz und auch, soweit ein Auslagenanspruch nicht gegeben ist, hat der Finder ein Abtrennungsrecht, wenn die besonderen Voraussetzungen erfüllt sind. Auf diesen Anspruch erstreckt sich der § 1002 nach seinem Wortlaut und seiner Entstehungsgeschichte nicht, sondern die allgemeine Verjährungsverschweigung gibt die Grundlage für den Rechtsanschein[51].

Hat der Finder die Fundsache an die Fundpolizei[52] abgeliefert, so darf diese Ablieferung, auch dann, wenn sie der Finder freiwillig vornimmt, nicht als Verzicht des Finders auf seine Rechte gewertet werden, was der § 975 nach seinem Sinn außer Zweifel stellt. Zur Sicherung der Finderrechte darf die Fundpolizei die Sache nur mit Zustimmung des Finders an den Verlierer aushändigen. Wenn die Polizei die Fundsache ohne die erforderliche Zustimmung herausgibt, entsteht ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat.

Wie ist es aber, wenn ein anderer als der Finder abgeliefert und die Zustimmung gegeben und die Polizei ihn für den Finder gehalten hat? Soll hier, wenn die Polizei zwar im Vertrauen auf den durch den Besitz vermittelten Anschein der Berechtigung, aber bei der Scheinprüfung auch nur leicht fahrlässig gehandelt hat, der Staat haften?

[51] vgl. O.L.G. Braunschweig 29 S. 344 f.;
Illing i. Soergel Anm. zu § 1002.
A. A. Staudinger Anm. 7 zu § 997, der ohne zwingenden Grund § 1002 entsprechend anwenden will;
Kretzschmar Bem. 8 zu § 997 u. Erl. 4 zu § 1002, der zwar diesen Anspruch insofern mit Recht als Ersatz für den Verwendungsanspruch ansieht, als man nicht Ersatz und Abtrennung erreichen kann, aber im übrigen irrt, wenn er meint, daß das gegenseitige Ausschlußverhältnis zur Anwendung der gleichen Normen nötige. Dieser Schluß würde zutreffen, wenn das Abtrennungsrecht ein Ausflußrecht des Ersatzrechtes wäre. Für ein solches Abhängigkeitsverhältnis bietet das Gesetz keinen Anhalt. § 1002 kann sinngemäß — zu dieser Schlußfolgerung zwingt die Rechtscheinserwägung — keine Anwendung finden, da bei der Einrichtung die Scheingrundlage eine im wesentlichen anders gestaltete ist. Die Einrichtung ist als Fremdkörper an der Fundsache dem Verlierer augenfällig. Die Kenntnis einer Aufwendung wird dagegen dem Verlierer regelmäßig nicht durch die Beschaffenheit, sondern durch die nicht sinnfällige Vorgeschichte der Fundsache vermittelt. Infolge der höheren Publizität des Trennungsrechtes muß der Verlierer von vornherein mit dem Anspruch rechnen; er wird daher nicht wie bei der Aufwendung durch die Geltendmachung überrascht und muß sich daher billigerweise eine längere Zögerung gefallen lassen. Nur wenn besondere Umstände den durch die vorbehaltlose Rückgabe entstandenen Verschweigungsrechtsanschein erheblich verstärken, kann sich der Verlierer sofort erfolgreich auf den Anschein des „eigenen Nichtbehelligungsrechtes“ berufen.

Diese Frage kann nur mit Hilfe des Rechtscheingedankens in befriedigender Weise beantwortet werden, und zwar in analoger Anwendung des im § 851 ausgedrückten Rechtscheingedankens. Der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht es, daß der Ablieferer einer Fundsache der Finder ist. Damit ist ein abstrakter Rechtsschein gegeben. Der konkrete Rechtsschein im einzelnen Falle stellt ein Abbild des abstrakten Rechtsscheines dar. Es spricht hier also auch der Polizeibehörde gegenüber der konkrete Rechtsschein dafür, daß der Ablieferer der Finder ist. Wie bei einem Rechtsgenossen, so wird auch bei der Polizeibehörde das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsschein vermutet. Diese Vermutung ist in entsprechender Anwendung des § 851 „zweifach-widerlegbar", und zwar kann vorgebracht werden, daß die Polizeibehörde grobfahrlässig oder überhaupt nicht dem Rechtsanschein vertraut hat. Eine leichte Fahrlässigkeit genügt nach diesem Analogieschluß nicht.

Eine Stellungnahme zu dieser Frage fehlt in dem Schrifttum und in der Rechtsprechung. Wenn man aber die Sorgfaltspflicht der Fundpolizei nicht in unerträglicher Art überspannen will, wird man die Haftungsbeschränkung anerkennen müssen.

§ 6.

Schadensersatzpflicht des Finders.

Der Finder wird, wenn er seine aus der übernommenen Geschäftsbesorgung sich ergebenden Pflichten schuldhaft verletzt, schadensersatzpflichtig. Insbesondere hat er, wenn die Rückgabe der Fundsache infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. Grundlage der Haftung für die zu vertretende Unmöglichkeit ist nicht der § 280 BGB., sondern der § 325 BGB., da der Fund ein vertragsähnliches Gebilde erzeugt und da in diesem Gebilde zwei Hauptleistungen (Rückgabe — Finderlohn) synallagmatisch verknüpft einander gegenüberstehen. Den Haftungsrahmen gibt für § 325 wie auch für die übrigen Verpflichtungen des Finders jedoch nicht § 276, sondern die Sonderbestimmung des § 968. Danach hat der Finder nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Diese Vorschrift erscheint als ein Anwendungsfall des § 680 schon dann, wenn man — nur oberflächlich würdigend — sich von der Gleichheit der Haftung leiten läßt. Ist dem auch wirklich so? Die zuverlässige Antwort gibt hier ein diesen Bestimmungen gemeinsamer Schein. Allerdings handelt es sich dabei nicht um einen im

[52] Die Regelung der Frage, ob und wann die Polizeibehörde zur Versteigerung befugt ist, wurde der Landesgesetzgebung überlassen, da sie öffentlich-rechtlichen Einschlag hat. Aber auch ohne besondere landesgesetzliche Ermächtigung ist die Polizei zum mindesten im Rahmen der für den Finder geltenden Bestimmungen berechtigt. (So Recht 1910 Nr. 1747 u. Planck-Brodmann Bem. 3 zu § 967). Desgleichen kann das Landesrecht eine von dem § 383 III abweichende Art der Versteigerung anordnen, da § 383 III hier keine unmittelbare Geltung hat. (So Planck-Brodmann a. a. O.). Versteigert die Polizeibehörde eine Sache, die nicht verloren war, als Fundgegenstand, so wird der Ersteher nach einem Analogieschluß zum Erwerb in der Zwangsversteigerung dennoch Eigentümer, da die Scheinverhältnisse gleich liegen und deshalb gleiche Wirkungen äußern müssen. (So im Ergebnis mit Recht Staudinger-Kober Anm. 2 § 975, Haase S. 45 f.).

Einzelfalle auf den einzelnen Rechtsgenossen wirkenden „konkreten“ Schein, sondern um einen von der Erfahrung getragenen, für den Gesetzgeber in abstracto vorhandenen — also „abstrakten“[53] — Schein. Den Gesetzgeber führte nämlich bei Schaffung dieser Vorschrift die lebenswahre Erkenntnis, daß beim Verlust einer Sache regelmäßig Gefahr im Verzuge vorliegt und daß der Finder somit durchweg die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt. Das ist zwar kein abstrakter Rechtsschein, wohl aber ein abstrakter Tatsachenschein. Der Gesetzgeber ist mit gutem Recht diesem abstrakten Schein gefolgt. Er gibt so dem Verkehr eine größere Sicherheit und schneidet unerfreuliche Beweisfragen ab. Er wird so aber auch dem „psychologischen Element“[54] der Schuld gerecht. Denn der Finder wird erfahrungsgemäß in erhöhtem Maße zur Menschenhilfe gedrängt und ist daher bei der Erwägung, ob er die Geschäftsbesorgung — den Fund — übernehmen soll, nicht so frei wie der gewöhnliche auftragslose Geschäftsführer.

2. Die Eigentumsregelung.

§ 7.

a) Die Verschweigung im allgemeinen.

Die Verschweigung[1/2] ist eine Quelle des Rechtsscheins. Wer trotz Aufgebots, wahrheitswidriger Eintragung oder eines irgendwie gearteten Zwiespaltes zwischen wahrer und nur scheinmäßiger Rechtslage schweigt, verschweigt sich an seinem Rechte. Durch seine Untätigkeit hat er den Anschein aufkommen lassen, daß er die tatsächlich gewordene Ordnung ohne Widerspruch hinnehmen, den Gegner also unbehelligt lassen wolle. Im Vertrauen auf diesen Anschein eines „Nichtbehelligungsrechts“ oder — unter Umständen — eines Erwerbsrechtes wird der Rechtsgenosse durch Vernichtung der Verbindlichkeit oder durch Schwächung derselben oder durch Verleihung eines Rechtes mit Recht geschützt.

Das Gesetz hat dem Berechtigten die Möglichkeit gegeben, durch Widerspruch den falschen Anschein zu brechen. Die vom Gesetzgeber einge-

[53] vgl. Naendrup Ersitzung S. 38.

[54] vgl. Liszt-Schmidt in Lehrbuch des Deutschen Strafrechts § 36 III 3 a.

[1] vgl. Platner Histor. Entwicklung des Systems u. des Charakters des deutschen Rechts. Bd. I S. 166.
Unger Oesterr. Privatr. Bd. II S. 278 ff.

[2] Statt des Wortes „Verschweigung“ wird vielfach (z. B. Riezler, Venire c. f. pr. S. 146, 159; Enneccerus-Nipperdey S. 699; Heinemann L.Z. 1928 S. 935 ff.; Endemann D.J.Z. 1928 S. 692; R.G. J.W. 1929 S. 2143 f.) der Ausdruck „Verwirkung“ gebraucht. Diese Bezeichnung ist zwar nicht unzutreffend, aber wegen ihrer Farblosigkeit weniger empfehlenswert. Einmal benennt sie nur das Schlußglied in der Entwicklungsreihe, weiter aber bedient sich das Gesetz ihrer z. B. in den §§ 339, 1680 — also in Fällen, die mit der Verschweigung im überlieferten Sinne und mit dem Rechtsschein nichts gemein haben.

schalteten Sicherungsmittel sind so beschaffen, daß sie in der Regel für den Betroffenen ausreichen, um vor einem Schaden zu bewahren. Der Schein der Zugänglichkeit der gewährten Gelegenheit zum Widerspruch drängte sich den Verfassern des Gesetzes in einer solchen Stärke auf, daß er als unwiderlegbar behandelt wurde. Da demgemäß die Veranlassung der Scheinlage durch den Rechtsträger unwiderlegbar vermutet wird, kann der Betroffene sich nicht mit Erfolg darauf stützen, daß er keine Kenntnis von dem Aufgebot usw. hätte haben können, daß er nicht in zurechenbarer Weise den wahrheitswidrigen Rechtsanschein habe ent- oder bestehen lassen. Der nachträgliche Widerspruch wird daher mit gutem Grund von der Rechtsordnung als ein „venire contra factum proprium", als eine unzulässige „protestatio facto contraria" behandelt.

Die Folge des so von dem Berechtigten veranlaßten und daher ihm zumutbaren Verschweigungs-Rechtsanscheines ist auf der Seite des Vertrauenden ein Rechtserwerb, in der Person des Veranlassenden ein Rechtsverlust. Genetisch ergibt sich folgende Entwicklungsreihe:

Verschweigung,

Rechtsanschein[3],

Vermutetes schutzwürdiges Vertrauen auf den Rechtsanschein,

Rechtserwerb und

Rechtsverlust.

[3] Die Verschweigungsfolgen erklären als Rechtscheinswirkung:
Otto Fischer, Rektoratsrede;
Naendrup, Verjährung S. 246, 278; Ersitzung S. 57; Aktienrecht S. 940 Anm. 277;
Jacobi, Theorie der W.E. S. 40, 71;
Herbert Meyer, Rechtsschein des Todes S. 87 f.;
Ernst Heymann, R.G.-Festschrift Bd. IV S. 328 ff.;
Heinemann L.Z. 1928 S. 940;
Lehmann, Z. Ges. H.R. u. K.R. 79 S. 98;
Thöne S. 7;
Theis S. 16, 18, 23 f.
Auf den Zusammenhang mit dem Rechtsschein deuten hin die Begründungen:
„venire contra factum proprium" u. „protestatio facto contraria" (Riezler);
„Besitzstand" (Reimer J. W. 1928 S. 2064 ff., R. G. J. W. 1933 S. 1580 f. sowie Elster J. W. 1933 S. 1580 Fußnote 3);
„Vermutung für einen Verzicht" (R. G. Warn. Rspr. 1928 Nr. 25, O.L.G. Frankfurt J. W. 1928 S. 486);
„regelmäßig anzunehmen" (R. G. 54 S. 81; 59 S. 380; 107 S. 110);
„durch Schweigen Glauben erregt" (R. G. Warn. Rsp. 1928 Nr. 26);
„illoyale Verspätung" (R. G. J. W. 1929 S. 2143 f., Enneccerus-Nipperdey S. 699);
Zu allgemein gehalten ist die Erklärung mit
„illoyalem Verhalten" (R. G. 60 S. 348; 88 S. 262; 117 S. 359; O.L.G. Breslau L. Z. 1930 S. 403 f.).

b) Der Eigentumserwerb

§ 8.

Der Eigentumserwerb des Finders auf Grund der einjährigen Verschweigung der Verliererrechte (§ 973 BGB.)

Der Eigentumserwerb im Fundrecht wird durch den Verschweigungsrechtschein gerechtfertigt. Dieses gibt nicht nur der geschichtliche Werdegang[4], sondern auch das Gesetz selbst zu erkennen. Nach § 973 erwirbt der Finder mit dem Ablaufe eines Jahres seit der Fundanzeige das Eigentum an der Fundsache, es sei denn, daß vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat. In der Gesetzesfassung spiegelt sich klar der Verschweigungsrechtsschein[5] wider. Der Verlierer hat sich dadurch, daß er den Verlust nicht meldete[6], an seinem Eigentum verschwiegen und so den Anschein erweckt, daß er die Sache nicht zurückbegehre. Er begründet in dem Finder die Erwartung[7], ihn nicht in Anspruch nehmen zu wollen, erweckt so ihm gegenüber den Anschein eines Nichtbehelligungsrechtes. Das schutzwürdige Vertrauen auf diesen Rechtsanschein wird durch Verleihung des Eigentums[8] belohnt. Dem Verlierer[9] mutet der Gesetzgeber den Rechtsverlust

[4] A. L. R.: Aufgebot u. Zuschlagsurteil.
Sächs. R.: Öffentl. Bekanntmachung.
Reichsstrandungsordn.: Aufgebot.
Preuß. Dienstanweisung: Öffentl. Bekanntmachung.

[5] Die Verschweigung erkennen als Grund an:
Gerber, System § 98 Anm. 3;
O. Gierke, D.Pr.R. Bd. II § 131 II;
Eck, 16. Jur.Tag I 57;
Bardeleben, 16. Jur.Tag Bd. II S. 37;
Wolff, § 65 I 7 u. § 82 VII 1;
Sieveking S. 26 ff.; Dolezych S. 23, 39;
Oesterreich S. 39 f.; Wedell S. 64;
Landowicz S. 44 f.; Igen S. 22 Anm. 4;
Schliewen R.G.R.K. Anm. 2 zu § 973 spricht von Verwirkung und vertritt, da die Bezeichnung „Verwirkung" statt „Verschweigung" gebräuchlich ist, keine Sondermeinung.

[6] Nach dem Sinn des Gesetzes braucht der Verlierer den Verlust nicht bei der Polizeibehörde des Verlustortes anzuzeigen, da er mitunter den Verlustort nicht feststellen kann.
So: Biermann, Erl. 3 b zu § 965;
Kretzschmar Anm. I 2 b zu § 973;
Staudinger-Kober Bem. III b zu § 965;
Planck-Brodmann Erl. 2 a β zu § 965;
Dolezych S. 40; Prot. S. 256.
A. M. Matthias § 169 S. 470.

[7] Hält der Finder die Fundsache ohne grobe Fahrlässigkeit für eine herrenlose, so schützt ihn der Verschweigungsrechtsschein unter den Voraussetzungen der Ersitzung (vgl. Wolff § 82 II).

[8] Die Denkschrift S. 198 gibt als Grund das Verkehrsbedürfnis an, das fordere, daß der Zustand tatsächlicher Herrenlosigkeit beseitigt werde. Die Würdigung ist insofern eine einseitige, als neben dem praktischen Bedürfnis der Verschweigungs- und Rechtscheinsgedanke mitbestimmend war.

[9] Die Regelung gilt auch für eine gestohlene Sache. Das Gesetz unterscheidet zwar zwischen „gestohlener" und „verlorener" Sache; eine Sache kann aber zu-

mit gutem Grund zu, da der durch die Erfahrung genährte „abstrakte Rechtsschein" — d. h. für den Gesetzgeber in abstracto vorhandene Rechtsschein — zeigt, daß ein Verlierer[10], der den Verlust durch Anzeige nicht kundbar macht, den gewordenen Zustand als Dauerzustand billigt.

Da dem Rechtsanschein die erforderliche ursprüngliche Stärke für eine Beachtung fehlt, muß er durch Zeitablauf sich bewähren und gefestigt werden. Deshalb bestimmt das Gesetz eine einjährige Verschweigungsfrist, die beim Wertfunde mit dem Zeitpunkt der Fundanzeige[11] und beim Kleinfunde im Augenblick des Fundes beginnt.

Der Vertrauensschutz des Fundes wird dem Finder nicht zugebilligt, wenn er den Fund auf die Nachfrage eines Berechtigten verheimlicht[12], da

nächst gestohlen werden, alsdann dem Dieb verloren gehen. Die Sache besitzt nunmehr sowohl die Eigenschaft einer gestohlenen als auch die einer verlorenen Sache. Somit ist die Voraussetzung für den Funderwerb gegeben. Man braucht daher nicht zum Ersitzungstitel zu greifen.

So: Staudinger-Kober Erl. I 1 h zu § 965;
Dernburg S. R. § 116 Anm. 8;
Planck-Brodmann Bem. 1 a zu § 965;
E. Pr. O. Tr. Bd. 22 S. 130;
O.L.G. Hamburg Seuff. A. 59 Nr. 35;
Strauß S. 17 ff.

Der Erwerb tritt auch dann ein, wenn der Finder die Sache selbst verliert oder sich stehlen läßt, da nicht — im Gegensatz zur Ersitzung — die Besitzfortdauer Mitgrundlage des Erwerbes ist. Der Finder läuft nur Gefahr, bei Nichtmeldung sein erworbenes Eigentum durch den Erwerb in der Person des zweiten Finders zu verlieren.

Ebenso: Wolff § 82 Anm. 33;
Biermann Erl. 2 d zu § 973;
Crome Anm. 60 zu § 413.
A. M. Cosack § 45 IV 1, der den Erwerb nur als Lohn der Arbeit ansieht und von dieser Betrachtung aus den Erwerb verneint.

Der Erwerb kann sich aber nicht vollenden oder wird aufgehoben, wenn Wertpapiere im Aufgebotsverfahren für kraftlos erklärt werden, da sich der Finder auch seinerseits an seinen Finderrechten verschwiegen hat.

10 Entsprechendes ordnet § 973 I 2 für den Nießbraucher und Pfandgläubiger an, da die durch qualitative Rechtsteilung entstandenen Spaltrechte naturgemäß das Schicksal des Stammrechtes teilen müssen.

11 Diese Fristerstreckung ist mit Recht angeordnet worden, da erst jetzt die Verlustanmeldung der Fundanzeige begegnen und ihre Wirkung äußern kann.

Eine Verzögerung der Fundanzeige schließt den Erwerb nicht aus, sondern schiebt ihn nur hinaus, da das Gesetz die Fälle einer Erwerbsversagung erschöpfend aufzählt. Ebenso:

Kretzschmar Erl. I 1 a zu § 973;
Biermann Bem. 2 a zu § 973;
Planck-Brodmann Anm. 1 a α zu § 973;
Staudinger-Kober Erl. 1 c zu § 973;
Strauß S. 54.

12 Trotz der Stellung dieser Bestimmung im Abs. II, der im übrigen den Kleinfund regelt, ist sie nicht eine Sondervorschrift für den Kleinfund, wie Kretzschmar Anm. II 3 b meint. Nach dem Gesetzessinn soll der Finder nicht nur die auferlegten positiven Pflichten erfüllen, sondern auch alles unterlassen, was die Zuführung der Fundsache an den Berechtigten erschweren könnte.

Ebenso: Wolff Anm. 30;
Planck-Brodmann 1 b γ zu § 973.

er durch dieses Verhalten die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens verwirkt hat, ja zeigt, daß diese Schutzwürdigkeit nicht vorhanden war.

Der Finder[13] erwirbt ferner das Eigentum nicht, wenn ein[14] Empfangsberechtigter ihm bekannt geworden ist oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet[15] hat. Im letzteren Falle hätte der Finder die Möglichkeit gehabt, den Empfangsberechtigten zu kennen. Da demnach aber nicht jedes Kennenkönnen dem Vertrauen die Schutzwürdigkeit nimmt, ist hier die Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein eine „begrenzt zweifach-widerlegbare".

§ 9

Der Eigentumserwerb des Finders auf Grund der besonderen Verschweigung der Verliererrechte nach § 974 BGB.

Vollendet sich der Eigentumserwerb nicht nach § 973, so kann der Finder sich einmal durch die ebenfalls auf Grund eines Verschweigungsrechtsanscheines erzeugte allgemeine Verjährungseinrede[16] verteidigen, aber er kann auch ohne jede weitere Wartefrist nach § 974 verfahren und die Empfangsberechtigten zur Erklärung über den Finderlohn und Aufwandsersatz auffordern. Mit Ablauf der bestimmten Frist[17] erwirbt der Finder das Eigentum an der Fundsache, wenn nicht ein[18] Empfangsberechtigter sich rechtzeitig zu der Befriedigung bereit erklärt. Dieser Eigentumser-

[13] Im Falle der Veräußerung der Eigentumsanwartschaft ist der Eigentumserwerb ausgeschlossen, sowohl wenn der Finder, als auch wenn der Erwerber den Fund verheimlicht oder einen Empfangsberechtigten erfährt, da der Finder Finder bleibt und der Erwerber als sein Erfüllungsgehilfe erscheint.
So mit Recht: Wolff § 82 VII 3.

[14] Es genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes („ein"), daß einer von mehreren Empfangsberechtigten dem Finder bekannt geworden ist oder den Verlust bei der Polizei angemeldet hat. Dieses muß aber auch der Sinn des Gesetzes sein, da ein relatives Eigentum zu untragbaren Verwicklungen und unter Umständen auch zu einem unbilligen Ergebnis führen würde. So Windscheid-Kipp § 184 S. 951.

[15] Die Anmeldung bedeutet nur beim Wertfund ein Hindernis für den Eigentumserwerb (§ 973 II 3).

[16] Außer Naendrup beurteilen Janssen S. 87 u. Theis S. 16, 18, 23 f. die Verjährung als Rechtscheinsfolge.

[17] Einer Fristsetzung bedarf es nicht, wenn eine Erklärung bereits vorliegt, da sie nur die Erzwingung der Erklärung bezweckt. Im Falle der Verweigerung muß in diesem Verhalten ein Verzicht auf die Fristsetzung erblickt werden.
So: Schliewen R. G. R. K. Anm. 5 zu § 974.

[18] Auch hier schließt wiederum die Bereiterklärung eines von mehreren Berechtigten den Eigentumserwerb aus.
So: Mot. III 385; Windscheid-Kipp S. 952;
Kretzschmar Erl. 2 d zu § 974 u. Wolff § 82 VII 2.

werb[19] ist gleichfalls auf den durch Verschweigung[20] gebildeten Anschein eines „Nichtbehelligungsrechtes" gestützt[21].

Da der Verschweigungsrechtsanschein gegenüber dem Finder nur durch Bereiterklärung zerstört werden kann, wird hier das schutzwürdige Vertrauen des Finders auf den entstandenen Rechtsanschein „begrenzt unwiderlegbar" vermutet.

§ 10.

Der Eigentumserwerb der Gemeinde nach § 976 BGB.

Hat der Finder nach der Ablieferung der Fundsache an die Polizeibehörde auf Grund der §§ 973 f. das Eigentum erworben, so geht es nach § 976 II — ebenso wie im Falle eines Verzichtes gegenüber der Polizeibehörde nach § 976 V — auf die Gemeinde des Fundortes über, wenn nicht der Finder vor dem Ablauf einer ihm gestellten Frist die Herausgabe verlangt. Dadurch, daß der Finder innerhalb der gesetzten Frist die Fundsache nicht abholt, verschweigt[22] er sich an seinem Rechte. Die Fundpolizei wird im Vertrauen auf den Anschein des „Nichtbehelligungsrechtes" durch Verleihung des Eigentums an den Träger der Polizeilasten geschützt. Im übrigen kann einerseits der Polizei nicht angesonnen werden, die Fundsache längere Zeit für den Finder in Verwahrung zu nehmen, anderseits stand es dem Finder frei, die Sache abzuholen. Die Neuregelung erfolgt daher nicht nur aus einem Bedürfnis zur Neuregelung, sondern auch nach den Gesetzen der Billigkeit. Da der Finder dem Rechtsanschein nur durch Forderung der Herausgabe die Grundlage entziehen kann, wird das schutzwürdige Vertrauen der Fundpolizei auf den Rechtsanschein „begrenzt-unwiderlegbar" vermutet.

Ist eine Fristsetzung nicht möglich, da der Finder nicht mehr ermittelt werden kann, so greift die Vorschrift des § 983 ein.

§ 11.

c) Die obligatorische Nachwirkung des Eigentumserwerbes (§ 977 BGB.).

Während die §§ 973 ff. den Wechsel des Eigentümers ordnen, regelt § 977 die Frage der Vermögensverschiebung und schränkt die Pflicht des

[19] Strauß S. 53 läßt den Finder auch dann erwerben, wenn er den Fund bei der Polizei nicht angezeigt hat. Dieses trifft aber nur dann zu, wenn nur ein Empfangsberechtigter vorhanden ist. Sind aber mehrere Berechtigte da, so ist ihretwegen die Anzeige von Bedeutung und darum auch notwendig.

So: Planck-Brodmann Anm. 1 zu § 974.

[20] Einen Verschweigungsfall nehmen an:

Wolff § 82 VII 2 u. Landowicz S. 44 f.

[21] Bestreitet dagegen der Empfangsberechtigte die Gegenansprüche dem Grunde oder Betrage nach, dann muß der Finder zunächst klagen. Nach rechtskräftiger Feststellung hat er erneut dem Empfangsberechtigten eine angemessene Frist zur Abgabe der Erklärung zu stellen, und erst nach Ablauf dieser neuen Frist tritt die dingliche Wirkung ein. Dieses folgt aus §§ 974, 1003 II, ergibt sich aber im übrigen aus dem Rechtsschein, da vorher dem Berechtigten die Nichtbereiterklärung nicht unbedingt zugerechnet werden konnte.

So im Ergebnis: Planck-Brodmann Anm. 2 b zu § 974;
Staudinger-Kober Erl. 1 c zu § 974;
Wolff § 82 VII 2.

[22] Ebenso Wolff § 82 VII 4.

Finders zur Herausgabe der Fundsache oder ihres Surrogats dem Umfange nach dadurch ein, daß die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung[23] [24] Anwendung finden. Da jedoch die Vermögensverschiebung auf einen gradmäßig starken Verschweigungsschein zurückzuführen ist, war es angebracht, diesen Ersatzanspruch nicht der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren zu unterwerfen. Demgemäß hat der Gesetzgeber durchaus sinnvoll in Anwendung des Rechtscheinsgedankens eine dreijährige Ausschlußfrist[25] bestimmt. Wenn der frühere Eigentümer (Nießbraucher, Pfandgläubiger) nicht innerhalb drei Jahren seinen Ersatzanspruch erhebt, hat er durch Verschweigung den Anschein hervorgerufen, sein Recht nicht mehr geltend machen zu wollen. Das Vertrauen des Finders auf den durch die Untätigkeit des Verlierers entstandenen Anschein eines eigenen „Nichtbehelligungsrechtes" hat der Gesetzgeber dadurch belohnt, daß der Rechtsuntergang selbst dann eintritt, wenn er von dem Rechtsträger nicht gebilligt wird. Der Betroffene trägt mit vollem Recht den Schaden, da er sein Schweigen brechen und durch Klageanstrengung „Protest" gegen den falschen Rechtsanschein einlegen konnte.

Da der Berechtigte den Rechtsanschein nur durch Klageerhebung zerstören kann, wird hier das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein „beschränkt-unwiderlegbar" vermutet.

Von der Verjährung unterscheidet sich diese Regelung dadurch, daß nicht wie bei jener nur eine Einrede, sondern eine rechtsvernichtende Einwendung als Rechtscheinsfolge entsteht.

II. Das Fundrecht im weiteren Sinne.

§ 12.

1. Der Verkehrsfund.

Aus guten Gründen hat das Gesetz den Fund in den Geschäftsräumen oder in den Beförderungsmitteln oder in einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt Sonderregeln unterstellt. Der Finder erhält keinen Finderlohn und kein dingliches Wartrecht Er ist aber immerhin ein auftragsloser Geschäftsbesorger im Sinne des § 680 und kann wie

[23] Krückmann, Arch. Civ. Pr. 131 S. 79 erklärt den „Bereicherungsanspruch" (?) mit einem nachträglichen „Anderswollendürfen".

[24] Sinngemäß will § 977 die Stellung des Finders erleichtern. Daher kann die Haftungssteigerung des § 819 im Falle des § 974 nie und im übrigen nur dann durchgreifen, wenn der Finder die Person des Empfangsberechtigten erfährt. Die Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens ist, da positive Kenntnis erforderlich ist, „einfach-widerlegbar".

Im Ergebnis ebenso: Wolff § 82 VIII; Staudinger-Kober Erl. 1 a zu § 977; Planck-Brodmann Bem. 3 zu § 977;
Biermann Bem. 1 zu § 977.

[25] Nach der ratio legis erstrecken sich auf die Ausschlußfrist nicht §§ 203, 206, 207.
So auch: Biermann Anm. 2 zu § 977;
Wendt Arch. Civ. Pr. 92 S. 167 Anm. 94;
Planck-Brodmann Bem. 4 zu § 977;
Kretzschmar Erl. 5 zu § 977.
Aus praktischen Gründen aber wohl
§ 209 (so Kretzschmar a. a. O.) und §§ 212, 212 a, 213, 214 II, 215 II (so Wendt a. a. O. u. Planck-Brodmann a. a. O.).

dieser Ersatz der Aufwendungen[1], die er zur Ablieferung der Fundsache gemacht hat, fordern (§ 683)[2]. Ferner wird man trotz der im § 978 begründeten Ablieferungspflicht den Finder für befugt halten dürfen, die Fundsache an den ihm bekannten Verlierer unmittelbar auszuhändigen, da der Verkehr diese einfache Abwicklung gebieterisch fordert. Der Finder genießt dabei den Schutz des § 969[3].

Liefert der Finder die Sache an die öffentliche Behörde oder an die private Verkehrsanstalt ab, so wird jene wie die Polizei im Regelfalle als Obrigkeit und diese als negotiorum gestor tätig[4]. § 979 ermächtigt die öffentliche Behörde oder die Verkehrsanstalt unter den Voraussetzungen des § 980 zur öffentlichen Versteigerung[5]. Die Anordnung der öffentlichen Bekanntmachung und die Setzung der Anmeldungsfrist[6] bezeugen, daß die Entstehung des Versteigerungsrechtes eine Wirkung der Verschweigung und des durch diese hervorgerufenen Rechtsanscheines ist. Durch die Nichtanmeldung seiner Rechte hat der Verlierer den Anschein erweckt, daß er sich um sein Recht nicht mehr kümmern wolle. Der gesetzliche Schutz im Vertrauen auf diesen Anschein wirkt sich darin aus, daß die Behörde oder Anstalt zur Versteigerung schreiten darf. Der Nachteil ist nach dem Veranlassungsprinzip von dem Verlierer zu tragen, weil er durch sein untätiges Verhalten den genannten Schein hervorgerufen hat und es durch seinen nachträglichen Widerspruch nicht mehr ändern kann, daß das schutzwürdige Vertrauen auf jenen Anschein geschützt werden muß.

[1] Vgl. zur Frage des Rechtscheins die Ausführungen auf S. 26 ff.

[2] Ebenso: Wolff § 82 IX 1;
Biermann Anm. 3 zu § 978;
Planck-Brodmann Erl. 2 zu § 978;
Illing bei Soergel Bem. 4 zu § 978;
Reichel L.Z. 1921 S. 7; Crome Anm. 96;
Freymuth i. Rosenthal Anm. 31 zu § 965 ff.;
Dernburg § 116 IX (analog § 994);
Nestroy S. 19; Riemer S. 96 Anm. 1.

[3] Die Rechtscheinseite ist auf S. 24 ff. bereits beleuchtet. Vgl.
Crome § 413 Anm. 96;
Fischer-Henle Anm. 3 zu § 981.

[4] Ebenso: Staudinger-Kober Erl. c zu § 979;
Biermann Anm. zu § 979;
Hartmann i. Recht 13 S. 395;
Crome § 413 Fußnote 98;
Strauß S. 65, der aber bei der öffentlichen Behörde die Natur der Rechtsbeziehungen verkennt.

[5] Wenn die Fundsache eine börsen- oder marktgängige Ware ist, so darf die Behörde oder Anstalt die Sache auch durch einen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder Auktionator aus freier Hand verkaufen lassen. Der Analogieschluß aus §§ 385, 1221, 1235 beruht auf dem Willensscheine, da der Verlierer eine zwecklose und kostspieligere öffentliche Versteigerung regelmäßig nicht billigen würde. So im Ergebnis:
Wolff § 82 IX 3;
Planck-Brodmann Anm. 3 zu § 979;
Staudinger-Kober Erl. c zu § 979;
Biermann Bem. zu § 979.

[6] § 980 II befreit die Behörde usw. von der Pflicht zur Bekanntmachung und Fristsetzung, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Auch diese Bestimmung ist vom Rechtscheinsgedanken durchwebt. Die Befugnis zur sofortigen Versteigerung beruht auf dem

Das Gesetz äußert sich nicht über die Folgen eines Verstoßes gegen § 980. Wenn die erforderliche Bekanntmachung nicht vorgenommen oder der Ablauf der Frist[7] nicht abgewartet ist, müssen Theorie und Praxis zur Frage des Eigentumserwerbes klärend eingreifen.

Brodmann[8] vertritt die Ansicht, daß eine Versteigerung wegen Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 980 unzulässig sei und dem Ersteher kein Eigentum vermittele, es sei denn, daß der gute Glaube des Ersteigerers sich auf das Eigentum des Veräußerers erstrecke (§§ 932, 935 II). Ebenso erkennen Staudinger-Kober[9], Achilles-Greiff[10], Crome[11] und Neumann[12] den Schutz für das Vertrauen auf den Rechtsanschein nur in diesem beschränkten Maße an.

Wolff[13] meint dagegen in extensiver Gesetzesinterpretation, daß die § 980 zuwider erfolgte Versteigerung zwar unrechtmäßig sei, aber bei Gutgläubigkeit des Erstehers wirksam werde. Unter Anm. 49 sagt er, daß der gute Glaube sich nicht auf das Eigentum der veräußernden Anstalt oder Behörde, sondern wie im § 1244[14] auf das Vorliegen der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen beziehen müsse. Diese Gedankenführung entspricht — frei von dogmatischen Fesseln — der praktischen Vernunft und vermeidet eine unbegreifliche Unebenheit im Gesetze. Sie vermag sich auch gegenüber Rechtscheinserwägungen zu behaupten. Da einerseits eine Behörde oder Anstalt die Versteigerung betreibt und anderseits der Verlierer durch die Öffentlichkeit der Veräußerung in weiterem Maße Gelegenheit zum Widerspruch hat, ist der Anschein der Rechtmäßigkeit ein erhöhter. Dieser verstärkte Anschein eines fremden Veräußerungsrechtes erheischt auch einen ausgedehnteren Vertrauensschutz[15]. Das Bedürfnis zur

Willensanschein. Jeder verständige Mensch wird unter diesen Umständen einer Versteigerung ohne vorangegangenes Aufgebot zustimmen. Der Schein deutet daher darauf hin, daß auch der Verlierer mit der beschleunigten Veräußerung einverstanden sein würde. Weicht sein Wille von dem regelmäßigen ab, so bleibt er unbeachtlich, da die Behörde im Vertrauen auf den vorhandenen Willensanschein geschützt werden muß.

[7] Die Bundesrats-Bekanntmachung vom 16. 6. 1898 bestimmt, daß die Bekanntmachung durch Aushang zu erfolgen habe und daß die Anmeldungsfrist mindestens 6 Wochen betragen müsse. Eine Verletzung dieser — nicht nur instruktionellen — Vorschrift steht der Unterlassung der Bekanntmachung gleich.

[8] Planck-Brodmann Erl. 3 zu § 980.

[9] Anm. 3 zu § 980.

[10] Erl. 1 zu § 980.

[11] Anm. 97 zu § 413.

[12] Bem. 1 zu § 980.

[13] § 82 IX 3.

[14] Ebenso: Strauß S. 65 f. und
Schliewen i. R. G. K. Anm. 3 zu § 980 in Verb. mit Anm. 2 zu § 966.
Zu weit gehen Biermann Anm. zu § 980 und
Kretzschmar Bem. 3 zu § 980, die selbst bei Bösgläubigkeit des Erstehers den Eigentumserwerb eintreten lassen. Wenn der Ersteigerer die Unrechtmäßigkeit kannte oder kennen mußte, verdient er keinen Schutz. Wird dieser ihm dennoch gewährt, so führt das zu einem relativ ungerechten Ausgleich.

[15] Da der Vertrauensschutz in entsprechender Anwendung des § 1244 bei Kenntnis oder grobfahrlässiger Verkennung der mangelnden Rechtmäßigkeit versagt wird, ist die Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens auf den Anschein der Rechtmäßigkeit „zweifach-widerlegbar".

Ausweitung des § 1244 ist demnach so stark, daß man die formgebundene Gegenmeinung nur als Verirrung ansehen kann.

Der durch die Versteigerung erzielte Erlös[16] fällt an den Fiskus oder den Träger der Anstalt, wenn seit dem Ablaufe der in der öffentlichen Bekanntmachung[17] bestimmten Frist drei Jahre verstrichen sind und kein Empfangsberechtigter seine Rechte angemeldet hat (§ 981). Aus dem Erfordernis des Aufgebots geht in klarer Weise hervor, daß die Vorschrift vom Verschweigungsgedanken hervorgerufen ist. Durch die Nichtinanspruchnahme des Erlöses hat der Verlierer dem Anschein Raum gegeben, daß er auf seine Rechte keinen Wert lege. Der Gesetzgeber gewährt dem auf den Anschein Vertrauenden Schutz[18] zum Nachteile des Empfangsberechtigten, der — wie unwiderleglich vermutet wird — den Anschein durch Anmeldung hätte zerstören können und den Schaden als Folge seiner Säumnis daher mit Recht zu tragen hat. Da der Verschweigungsanschein gegenüber der Behörde und Anstalt nur durch Anmeldung entkräftet werden kann, wird das schutzwürdige Vertrauen der Behörde oder Anstalt auf den Anschein des Nichtbehelligungsrechtes „begrenzt-unwiderlegbar" vermutet[19].

§ 13.

2. Sachen im Besitz einer öffentlichen Behörde.

Die Vorschriften über den Verkehrsfund (§§ 979—982) finden gemäß § 983 auf Sachen, die eine öffentliche Behörde besitzt und ohne vertragliche Verpflichtung herauszugeben hat, entsprechende Anwendung, wenn der Behörde der Empfangsberechtigte oder dessen Aufenthalt unbekannt ist. Unter diese Bestimmung fällt z. B. beschlagnahmtes Diebesgut. Die Grundlage für das „privilegium fisci" bildet wiederum der Verschweigungsrechtsanschein. Dieser stellt das Verbindungsmittel zwischen dieser Vorschrift, dem Fund im allgemeinen und dem Verkehrsfund im besonderen dar und rechtfertigt die Stellung der Bestimmung im Rahmen des Gesetzes.

Da dieselben Rechtscheinsgedanken wie beim Verkehrsfund auftauchen, kann auf die Ausführungen im § 12 verwiesen werden.

§ 14.

3. Der Schatz.

Der Schatz ist eine Sache, die infolge ihrer Verborgenheit so lange aus dem Rechtsverkehr ausgeschaltet worden ist, daß ihr Eigentümer nicht

[16] Für Geld gilt das Gesagte, ohne daß eine Versteigerung vorausgeht.

[17] Ist die öffentliche Bekanntmachung mit Fristsetzung nach § 980 II unterblieben oder übersehen worden, so ist sie nachzuholen. Die Verschweigungsfrist läuft erst vom Ablauf der Anmeldungsfrist an.
vgl. Planck-Brodmann Anm. 2 b zu § 981;
Staudinger-Kober Erl. 1 a zu § 981;
Biermann Bem. 1 b zu § 981;
Kretzschmar Anm. 1 zu § 981.

[18] Zu beachten ist, daß hier die Ersatzforderung aus § 977 nicht eingreift und die Verschweigungsfolge daher sogleich mit voller Wirkung eintritt.

[19] Ist die nichtgeldmäßige Fundsache versteigert oder der Behörde ein Empfangsberechtigter innerhalb der Frist durch Anmeldung bekannt geworden, so erwirbt die Behörde nie Eigentum (für den Fiskus!) und wird sie nur im Vertrauen auf den allgemeinen Verjährungsanschein geschützt.

mehr ermittelt werden kann. Die Sache ist, wenn auch nicht „juristisch", so doch „praktisch" herrenlos[20].

Der Eigentumserwerb ist eine Folge des Verschweigungsrechtscheins. Dieses gibt das Gesetz durch die Einführung des Zeitmomentes („so lange") zu erkennen und wird auch durch die geschichtlichen Vorläufer (z. B.: A. L. R. I 9 § 76) des § 984 bestätigt. Nach preußischem Recht war eine Anzeige des Schatzfundes an die Obrigkeit und ein Aufgebotsverfahren vorgeschrieben. Wenn das Aufgebot[21] auch keine konstitutive Wirkung hatte und nur die Beseitigung von Zweifeln an der Schatznatur bezweckte, so zeigt dieses Verfahren dennoch in unverkennbarer Deutlichkeit, daß der Rechtserwerbsgrund der durch die Verschweigung ausgelöste Rechtsschein war.

Durch seine Untätigkeit hat der Berechtigte sich an seiner Sache verschwiegen und den Anschein hervorgerufen, daß er gegen die neue Eigentumsordnung keinen Widerspruch erheben werde.

Der Entdecker und der Eigentümer der Sache, in welcher der Schatz verborgen war, werden im Vertrauen auf den Anschein ihres „Nichtbehelligungsrechtes" durch Verleihung des Eigentums geschützt.

Diese Regelung konnte der Gesetzgeber um so unbedenklicher schaffen, als die Wirtschaft eine Wiedereinschaltung des ungenutzten Wertes in den Erzeugungsvorgang verlangt und nichts daher näher lag, als den Entdecker als Zurückbringer des Wertes zum Mitträger des Wertes zu machen.

Der Schatzerwerb unterscheidet sich vom Fund- und Ersitzungserwerb trotz des gemeinsamen Verschweigungselementes dadurch, daß der Erwerb schon mit der Entdeckung und der anschließenden Inbesitznahme sich vollzieht. Während bei dem Funde und der Ersitzung der durch die Verschweigung veranlaßte Rechtsanschein ursprünglich schwach ist und sich durch Zeitablauf erst verdichten muß, ist der Verschweigungsrechtsanschein bei dem Schatz, da dieser begriffsnotwendig eine der Entdeckung vorausgehende Zeitspanne als Verschweigungsgrundlage erfordert, von Anfang an so stark, daß der Gesetzgeber ihn für von vornherein zuverlässig hielt.

[20] So und ähnlich:
Otto Gierke D. Pr. R. § 132 V;
Windscheid-Kipp Pand. I 8. Aufl. § 184 4;
Zitelmann Arch. Civ. Pr. 66 S. 465;
Krückmann Institutionen § 65 VI;
Motive III S. 16;
André S. 16; Matthiae S. 20 f.;
Rentel S. 27; Franzke S. 35 f.; Mahnke S. 25;
v. Jagow S. 39; Vogel S. 17;
Weiß S. 70; Dolezych S. 58.

[21] Das B.G.B. hat mit Recht das nur deklatorisch wirkende Aufgebot beseitigt, da dem Eigentümer, wenn die Voraussetzungen für die Schatzeigenschaft nicht vorliegen, kein besonderer Nachteil entsteht. Der sofortige Eigentumserwerb tritt trotz des guten Glaubens nicht ein, wenn es an der Verborgenheit fehlt. Den Erwerbstitel kann nur die ebenfalls vom Verschweigungsrechtsschein getragene Ersitzung bilden. Der Bösgläubige kann sich nur auf den Verjährungsrechtsschein berufen.

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 18 und 23.

Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 52, 66, 89, 96, 108, 109 und 131.

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch nebst E. G. 13. Auflage. Berlin-Leipzig 1930.

André, Fritz, Die Lehre vom Schatz. Diss. Berlin 1884.

Bähr, Über Irrungen im Contrahieren. Iher. J. Bd. 14 S. 393 ff.

Beckh, Hermann, Die Beweislast nach dem B.G.B. München 1899.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1886.

Bardeleben, Wie ist die Behandlung gefundener Sachen einheitlich zu regeln? Verhdlgen des 16. d. Jur.Tages Bd. 2. Berlin 1883.

Biermann, Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1914.

Blänkner, Ernst, Die rechtliche Stellung des Finders verlorener Sachen. Diss. Greifswald 1901.

Bothe, Der fehlerhafte Staatsakt bei der Vereinseintragung. Diss. Erlangen 1930.

Brückmann, Der Begriff der verlorenen Sache. Arch. B. R. Bd. 23 S. 322 ff.

Brülle, Der Rechtsschein bei den gesetzlichen Vollmachten. Diss. Breslau 1916.

Conring, Grundbegriffe des Fundrechts. Diss. 1917.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürg. Rechts. 7. u. 8. Aufl. Jena 1924.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen 1900/1905.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Berlin 1896.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. u. 2. Aufl. Halle 1901.

Dolezych, Max, Die Rechtsverhältnisse am Fund und Schatz. Diss. Jena 1901.

Eck, Behandlung gefundener Sachen. 16. Jur.Tag, Bd. 1. Berlin 1882.

Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. 4 u. 1.

Endemann, Einführung in das bürgerliche Recht. 5./9. Aufl. Berlin 1900—1908.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

— — -Nipperdey, Allgemeiner Teil. 13. Bearb. Marburg 1931.

— — -Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearb. Marburg 1932.

— — -Wolff, Sachenrecht. 9. Bearb. Marburg 1932.

Ernst, Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn. Arch. Civ. Pr. Bd. 96 S. 440 ff.

Fischer, Sein und Schein im Rechtsleben. Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik vom 13. 11. 1909.

Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. Bd. 14, 20 Heft 2 und Bd. 18 Heft 2.

Fischer-v. Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 10./12. Aufl. München 1923.

Fischer-v. Henle-Titze, Bürgerliches Gesetzbuch. 14. Aufl. München 1932.

Francke, Räumlichkeiten als Orte des Verlierens und Findens. Annalen des D. Reichs f. Gesetzgeb. 1903 S. 310 ff.

Franzke, Der Begriff des Schatzes. Diss. Rostock 1901.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht. Bd. I Leipzig 1895 und Bd. II Leipzig 1905.

v. Gierke, Julius, Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin 1928.
von Gerber-Cosack, System des Deutschen Privatrechts. 17. Aufl. Jena 1895.
Gimmerthal, Vom Finden. Arch. Civ. Pr. Bd. 52 S. 521.
Goldmann-Lilienthal, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1901—1903.
Griffel, Der Begriff des Scheins im Handelsrecht. Diss. Erlangen 1927.
Haase, Das Fundrecht. Diss. Göttingen 1919.
Hartmann, Zweifelsfragen aus dem Fundrecht. Recht 1913 S. 391 ff.
Heck, Ph., Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.
——, Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Hedemann, Sachenrecht. Berlin 1924.
Heinemann, Die Verwirkung. Leipz. Z. 1928 S. 935 ff.
Heymann, Wechselzeichnung der Sparkassen in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Bd. III S. 287 ff. Berlin/Leipzig 1929.
Hirth's Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung. 1903 und 1904.
Huber, Die Bedeutung der Gewere. Berlin 1894.
Igen, Rechtliche Stellung des Finders. Diss. Erlangen 1898.
v. Jagow, Das gemeinrechtliche Schatzrecht. Diss. Göttingen 1888.
Jacobi, Ernst, Das Wertpapier als Legitimationsmittel. Fischer's Abhdl. Bd. 14.
——, Der Scheck als Wertpapier. Zeitschr. f. d. Gesamte Handels- u. Konkursr. Bd. 63 S. 86 ff.
——, Die Theorie der Willenserklärungen. Fischer's Abhdl. Bd. 20 Heft 2.
——, Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. Krit. V. Schr. Bd. 49 S. 66 ff.
——, Die Wertpapiere. Ehrenberg's Hdb. Bd. 4 Abt. 1 S. 125 ff.
——, Grundriß des Rechts der Wertpapiere im allgemeinen. Leipzig 1928.
——, Grundriß des Wechsel- und Scheckrechts. Leipzig 1926.
Janssen, Essay zu dem Thema „Rechtsschein im römischen Recht". Leipzig 1911.
Jung, Bürgerliches Recht. Berlin 1931.
Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes. Bd. 14, 57, 75, 47.
Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik. 1909.
Juristische Wochenschrift 1909, 1928 und 1933.
Katz, Rechtsscheinswirkungen mangelhafter Staatsakte im Familienrecht. Diss. Göttingen 1925.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.
Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung. Bd. 49 u. 47.
Kohler, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Arch. B. R. Bd. 18 S. 1 ff.
Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Jher. J. Bd. 57 S. 1 ff.
——, Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein. Arch. Civ. Pr. Bd. 108 S. 179 u. Bd. 131.
——, Die Ermächtigung und der Rechtsbesitz. Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Bd. II S. 79 ff. Berlin/Leipzig 1929.
——, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. Berlin 1929.
——, Die Ermächtigung. Arch. Civ. Pr. 137 S. 167 ff.
Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses. München 1914.
Kuhlenbeck, Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch nebst E. G. Berlin 1899—1901.
——, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Teil. Berlin 1898.
——, Geschäftsführung ohne Auftrag. J. W. 1909 S. 121.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1904.
Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Berlin/Leipzig 1928.

——, Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft. Z. f. d. Gesamte Handels- u. K.R. Bd. 79 S. 98.

Landowicz, Der Empfangsberechtigte im Fundrecht. Diss. Würzburg 1919.

Loewenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin 1932.

v. Lißt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. Berlin/Leipzig 1927.

Leipziger Zeitschrift 1921, 1927, 1928 und 1930.

Maenner, Sachenrecht. 2. Aufl. München 1906.

Mahnke, Der Schatzerwerb. Diss. Greifswald 1900.

Manigk, Stillschweigend bewirkte Vollmachten. Beitr. z. Wirtschaftsr. S. 590 ff. Marburg 1931.

Matthiae, Der Schatzfund. Diss. Greifswald 1897.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Berlin 1900.

Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft. Leipzig 1900.

Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip. Fischer's Abhdl. Bd. 18 Heft 2.

——, Vom Rechtsschein des Todes. Z. f. H. R. Bd. 81 S. 407 ff.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III und V. Berlin/Leipzig 1888.

Naendrup, Rechtsscheinsforschungen Heft 1 u. 2, Münster 1910.

——, Die Verjährung als Rechtsscheinswirkung. Iher. J. Bd. 75 (1925) S. 237 ff.

——, Die Ersitzung als Rechtsscheinswirkung. Reichsgerichtspr. i. deutschen Rechtsleben. 1929, Bd. II S. 35 ff.

——, Rechtsscheinswirkungen im Aktienrecht. Beitr. z. Wirtschaftsr. S. 825 ff. Marburg 1931.

——, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil in: Die Verwaltungsakademie, Handbuch für den Beamten im nationalsozialistischen Staat. Bd. II, 31, Berlin 1936.

Nestroy, Streitfragen des Fundrechts. Diss. Breslau 1930.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl. Berlin 1905.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1929.

Oesterreich, Das Recht des Finders. Diss. Erlangen 1898.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte. Bd. 8.

Planck, Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sachenrecht. 5. Aufl. Berlin/Leipzig 1933.

Platner, Über die historische Entwicklung des Systems und des Charakters des deutschen Rechts. Marburg 1852.

Entscheidungen des Preußischen Obertribunals. Bd. 22.

Protokolle zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.

Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand. Bd. 1907 und 1913.

Reichel, Zum schweizerischen Fahrnisrecht. L.Z. 1921 S. 5 ff.

Reimer, Die Gefahr des langen Zuwartens. J.W. 1928 S. 2064 ff.

Regelsberger, Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten. Iher. J. 47 S. 339 ff.

—— -Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände. Kr. V. Z. Bd. 47 S. 284 ff.

Komm. der Reichsgerichtsräte zum B.G.B. Sachenrecht. 8. Aufl. Berlin/Leipzig 1934.

——, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin/Leipzig 1934.

Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 54, 59, 66, 88, 107 und 117.

Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Berlin/Leipzig 1929.

Riemer, Der Anspruch auf Finderlohn. Diss. Leipzig 1901.

Riezler, Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Rosenthal, Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. Berlin 1929.
Rosenberg, Sachenrecht. München 1919.
Rentel, Das römische und gemeinrechtliche Schatzrecht. Diss. Erlangen 1898.
Staudinger, Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl. München.
——, Sachenrecht. 9. Aufl. München.
Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 77.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 59.
Siméon-David, Recht und Rechtsgang. Bd. I. 14./15. Aufl. Berlin 1928.
Schmidt, Bürgerliches Recht. Stuttgart 1927.
Schneickert, Über Fundrecht. Hirt's Annalen 1904 S. 229 ff.
von Schwerin, Rechtsnachfolge. München 1905.
Sieveking, Der Finder und die gefundene Sache. Diss. Erlangen 1896.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst E. G. Bd. II. 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Springer, Der Rechtsschein des Genossenschaftsregisters. Diss. Breslau 1919.
Springmann, Der Begriff der Fundsache. Diss. 1906.
Stintzing, Besitz, Gewere, Rechtsschein. Arch. Civ. Pr. Bd. 109 S. 347 ff.
Sohm, Der Gegenstand. Leipzig 1905.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd. II 1. 3. Aufl. Berlin 1896.
Strauß, Das Rechtsverhältnis am Fund. Diss. Göttingen 1908.
Theis, Heinrich, Grenzen der Rechtsscheinswirkungen. Diss. Marburg 1931.
Thöne, Josef, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters. Diss. Münster 1911.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. II. Leipzig 1868.
Unterhinninghofen, Die Haftung für culpa in contrahendo. Diss. Münster 1923.
Vogel, Fund und Eigentumserwerb an gestohlenen Sachen. Diss. Breslau.
Warneyer, Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. Ausgabe 1927.
——, Rechtsprechung. Bd. 1928.
Wedell, Die rechtlichen Beziehungen zwischen Verlierer und Finder. Diss. Rostock.
Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im Bürgerlichen Recht. Wien 1906.
Weiß, Das Recht des Finders. Diss. Göttingen 1891.
Wendt, Unterlassen und Versäumnisse. Arch. Civ. Pr. Bd. 89 S. 17 ff.
Wilutzky, Das Gesetz des äußeren Anscheins. Recht 1907 S. 925 ff.
Wimmer, Der Fund in Haus und Hof. Diss. Heidelberg 1914.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. 8./9. Aufl. Frankfurt 1906.
Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Konkursrecht. Bd. 63, 79 und 81.
Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum. Arch. Civ. Pr. Bd. 66 S. 323 f.
Zuschlag, Die Voraussetzungen des Funderwerbes. Diss. Marburg 1928.